

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE ULUSLARARASI İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS

**ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ
ULUSLARARASI TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ**

**Deniz ANTEPOĞLU
2501170838**

**TEZ DANIŞMANI
Dr. Öğr. Üyesi Merve ÖZKAN BORSA**

İSTANBUL-2021

ÖZ

ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ULUSLARARASI TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

Deniz ANTEPOĞLU

Uluslararası yatırımlar, uluslararası ekonomik ilişkileri şekillendiren önemli unsurlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası yatırım hukuku ise, yatırımı yapan ve kabul eden taraflar arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü olarak tanımlanabilir. Yatırım yapan ve yatırımı kabul eden taraflar arasında, yatırım ilişkisinin doğası gereği sıklıkla uyuşmazlıkların yaşanmakta olduğu ve yaşanan bu uyuşmazlıkların uluslararası yatırım tahkimine konu olduğu, diğer bir deyişle uluslararası yatırım tahkimi aracılığıyla çözüldüğü görülmektedir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının ekonomik ilişkilerden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar olması nedeniyle hukuki boyutuyla değerlendirilmesi yaygın anlayıştır. Ancak esasında konu sadece hukuki yönden incelenecek kadar dar olmayıp konunun ekonomik, sosyal ve siyasi boyutunun da incelenmesi, uluslararası yatırımları ve bu yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların daha doğru ve kapsamlı anlaşılması için şarttır. Zira uluslararası yatırımların bizatihi kendisi taraflar arasındaki ekonomik, siyasi, sosyal ve hukuki ilişkilerin bir ürünüdür. Öte yandan, yapılan Türkçe ve İngilizce literatür taraması neticesinde özellikle Türkçe literatürde, konunun yalnızca ekonomik ve hukuki açıdan incelendiği, sosyal ve siyasi boyutuna ise değinilmediği gözlenmiştir. Ayrıca konunun hukuki boyutunda, çeşitli kurallara geniş yer verilmediği ve kurallar arası mukayeseye başvurulmadığı da fark edilmiştir. İngilizce literatürde ise konunun siyasi boyutuna geniş yer verildiği gibi, bunun tarihsel gelişmelerden beslenerek ele alındığı ve uluslararası yatırım hukukunun bir sistem veya rejim olarak değerlendirildiği, elde edilen kaynaklar arasında yapılan mukayeseye ortaya konmuştur. Bu sebeple tezin ilk bölümünde konunun ekonomik yönüne, ikinci bölümünde konunun hukuki ve siyasi yönüne, son bölümde ise hukuk kurallarının detaylı incelenmesi ve kurallar arası mukayeseye yer verilmiştir. Literatür taramasının yanısıra, güncelliğin ve birincil kaynak bilgisinin sağlanması için araştırmanın tamamında ilgili her birimin internet sitesinden yararlanılmıştır.

Bu tez çalışmasının, öncelikle, ülkemizde son dönemde hız kazanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunda Türkçe kaynak açığını kapatması amaçlanmaktadır. Bu amacı en iyi şekilde gerçekleştirebilmek adına çalışmada

izlenen yaklaşım ise, uluslararası yatırımlar ve yatırım ilişkileri bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların ekonomik boyutlarının yanı sıra sosyal ve siyasal boyutlarına da değinmek olmuştur. Kısaca, araştırmanın sonunda ufuk açıcı olacağını ümit ettiğimiz bu yeni bütünsel yaklaşımın da büyük oranda katkısı sayesinde elde edilecek olan çok-boyutlu bilgiler analiz edilerek Türkçe literatürdeki boşluğun doldurulması ve yine konunun tüm boyutlarıyla değerlendirilecek olması sayesinde uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının daha geniş bir perspektiften yorumlanmasının sağlanması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası yatırım, uluslararası yatırım hukuku, uluslararası yatırım tahkimi, ICSID, uluslararası yatırım uyuşmazlıkları.

ABSTRACT
SETTLEMENT OF INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES
BY WAY OF INTERNATIONAL ARBITRATION
Deniz ANTEPOĞLU

International investments are one of the factors that shape international economic relations. International investment law, on the other hand, is the set of rules that regulate the relations between the parties that make and accept the investment. Due to the nature of the investment relations, there often occurs disputes between the investing and accepting parties which are resolved by way of international investment arbitration.

Since international investment disputes are legal disputes arising from economic relations, it is common to evaluate these disputes by their legal dimensions. However, the subject is not narrow enough to be examined only by legal senses; it is essential to take into account all the economic, social and political dimensions of the issue in order to be able to comprehensively understand international investments and the disputes arising from these investments since they, themselves, are a product of the economic, political, social and legal relations between/amongst the parties. On the other hand, as a result of the Turkish and English literature review, it is observed that the issue was examined economically and legally, whereas social and political dimensions were not touched upon, especially in the Turkish literature. In addition to that, again in the Turkish literature, it has been noticed that in the legal aspect of the issue, various rules were not widely covered and that there exists a lack of comparison of the rules. In the English literature, on the other hand, the political dimension of the subject has been given a wide coverage, and it has been revealed by the comparison made between the legal sources that this political dimension is handled in the light of the historical developments and that international investment law is evaluated as a system or a regime. For this reason, in the three chapters of the thesis, respectively, economic, legal and the political aspects of the subject will be handled. Again, in the third -and last- chapter, detailed examination of the legal rules and comparison between the rules shall also be included. In addition to the literature review, relevant websites is benefitted throughout the study to provide first-hand and up-to-date data.

This thesis study aims at meeting the deficit in Turkish literature of the resolution of international investment disputes that have gained momentum in our

country and world-wide. The approach followed in the study in order to achieve this aim is to touch upon the economic, as well as the social and political dimensions of the disputes arising in the context of international investments and investment relations. Briefly, it is believed that the study will fill the gap in the Turkish literature as a result of the multi-dimensional information to be obtained by this holistic approach, which we very much hope to be stimulating at the end of the study, and provide the legal rules to be applied to disputes are interpreted from a wider perspective.

Keywords: International investment, international investment law, international investment arbitration, ICSID, international investment disputes.



ÖNSÖZ

Uluslararası yatırım, uluslararası ekonomi ilişkilerini şekillendiren en büyük ölçekli ekonomik faaliyetlerdendir. Bu ilişkiler esnasında yaşanan uyuşmazlıkların çözümü uluslararası yatırım hukukunun konusudur. Uluslararası yatırım hukuku yapısı, kendine has kuralları ve işleyişi ile diğer uluslararası hukuk dallarından ayrılmaktadır. Uluslararası yatırım tahkiminin, başka sebeplerin yanı sıra, özellikle de uluslararası yatırım hukukunun somuta dönüşmüş biçimi olması nedeniyle oldukça önemli olduğu değerlendirilmektedir.

Tanıştığımız ilk günden beri desteğini ve bilgilerini esirgemeyen tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Merve Özkan Borsa'ya teşekkür ederim. Tüm bu süreçte yanımda olan aileme ve eşime minnettarım. Hukuk bilgisiyle daima yolumu aydınlatan, fedakarlığıyla tezimi tamamlamamı sağlayan ve mücadeleci karakteriyle bana her zaman örnek olan babam Av. Selçuk Antepoğlu'na bilhassa teşekkür ederim.

DENİZ ANTEPOĞLU
İSTANBUL, 2021.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI YATIRIMLARIN EKONOMİK GÖRÜNÜMÜ

I. YABANCI YATIRIM.....	5
A. YABANCI YATIRIMIN TANIMI.....	5
B. YABANCI YATIRIM TÜRLERİ.....	5
1. Doğrudan Yabancı Yatırımlar.....	6
a. Doğrudan Yabancı Yatırımların Tanımı.....	6
b. Doğrudan Yatırım Yapma Şekilleri.....	7
(1) Ortak Girişim.....	7
(2) Şirket Birleşmeleri.....	7
(3) Stratejik Birlikler.....	8
(4) Üretim Paylaşım Anlaşması.....	8
c. Yabancı Yatırımcıların Doğrudan Yatırım Yapma Sebepleri.....	9
d. Ev Sahibi Devletin Doğrudan Yabancı Yatırımı Kabul Etme Sebepleri.....	9
e. Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Belirleyici Olan Faktörler.....	10
(1) Ekonomik Faktörler.....	10
(2) Sosyo-Politik Faktörler.....	11
f. Doğrudan Yabancı Yatırımların Ev Sahibi Devlete Etkileri.....	12
(1) Etkinlik.....	13

(2) Dağılım.....	13
(3) Egemenlik.....	14
(4) Ekonomik Krizler.....	14
2. Portföy Yatırımları.....	14
a. Portföy Yatırımların Tanımı.....	14
b. Uluslararası Portföy Yatırımlarında Risk.....	15
3. Portföy Yatırımları İle Doğrudan Yabancı Yatırımların Farkları.....	16
a. Yönetim ve Kontrol.....	16
b. Transfer Edilen Sermayenin Niteliği.....	16
c. Süre.....	16
d. Yatırımcının Hukuki Kişiliği.....	16
e. Kâr Transferi.....	17
f. Hukuki Koruma.....	17
4. Diğer Yatırımlar.....	17

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI YATIRIMLARIN HUKUKİ GÖRÜNÜMÜ:

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU

I. YATIRIM ALANINDAKİ AKTÖRLER.....	19
A. DOKTRİNDE KABUL EDİLEN AKTÖRLER.....	19
1. Özel Yatırımcılar.....	19
2. Ev Sahibi Devlet.....	20
3. Kaynak Devlet.....	20
4. Uluslararası Örgütler.....	20
5. Sivil Toplum Örgütleri.....	21
6. Yatırımcı Olarak Devlet: Devlet Şirketleri.....	21
B. FİİLİ DURUM İLE OLUŞAN AKTÖRLER.....	21
1. Yatırım Promosyon Ajansları.....	22
2. Dava Finansman Şirketleri.....	22
3. Ulusal Varlık Fonları.....	23
II. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN KAYNAKLARI.....	24
A. ASIL KAYNAKLAR.....	25

1. Yatırım Anlaşmaları.....	25
a. Yatırım Anlaşmalarının Türleri.....	26
(1) İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları.....	26
(2) Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları.....	32
(3) Sektörel ve Bölgesel Anlaşmalar.....	33
b. Yatırım Anlaşmalarının Yorumu ve Uygulanması.....	34
2. Yatırım Sözleşmesi.....	34
3. Uluslararası Teamül.....	35
4. Hukukun İlkeleri.....	36
B. YARDIMCI KAYNAKLAR.....	37
1. Uluslararası Mahkemelerin Veya Hakem Heyetlerinin Kararları.....	37
2. Doktrin.....	38
3. Esnek Hukuk Kuralları.....	39
III. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA YATIRIMCIYI KORUYAN İLKELER.....	39
A. ULUSAL MUAMELE İLKESİ.....	39
B. EN ÇOK GÖZETİLEN ULUS KAYDI.....	40
C. AYRIMCILIK YAPMAMA İLKESİ.....	43
D. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE.....	44
E. TRANSFER ÖZGÜRLÜĞÜ.....	45
F. TAM KORUMA SAĞLANMASI VE YATIRIMCININ GÜVENLİĞİ.....	46
G. ŞEMSİYE HÜKÜMLER.....	47
H. YARGIYA ERİŞİM.....	48
I. KAMULAŞTIRMA.....	49
1. Doğrudan Kamulaştırma.....	50
2. Dolaylı Kamulaştırma.....	52
IV. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE ULUSLARARASI YATIRIMLARIN SİYASİ GÖRÜNÜMÜ.....	53
A. BRETTON WOODS SİSTEMİNDEN ÖNCEKİ DÖNEM (SÖMÜRGEÇİLİK DÖNEMİ).....	54
1. Dönemin Ekonomik Koşulları ve Konusu Yatırım Olan Anlaşmalar.....	54
2. Calvo Doktrini.....	55

3. Dönemin Sonu.....	56
B. BRETTON WOODS SİSTEMİ VE ULUSLARARASI FİNANSAL ÖRGÜTLER (SÖMÜRGE SONRASI DÖNEM).....	57
1. Bretton Woods Sistemi'nin Kuruluşu.....	57
2. Uluslararası Finansal Örgütler.....	58
a. Uluslararası Para Fonu (IMF).....	58
b. Dünya Bankası (DB).....	59
c. Dünya Bankası Grubu (Dünya Bankası Bünyesindeki Kuruluşlar).....	60
(1) Dünya Bankası (DB).....	60
i. Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (IBRD).....	60
ii. Uluslararası Kalkınma Birliği (IDA).....	60
(2) Uluslararası Finans Kurumu (IFC).....	60
(3) Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı (MIGA)...	60
(4) Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID).....	61
3. Bretton Woods Sistemi Süresince Yatırım Hukukunda Yaşanan Gelişmeler.....	61
a. Bağımsızlık Hareketleri Ve Millileştirmeler.....	61
b. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları (Yatırım Koruma ve Teşvik Anlaşmaları) Ve Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararasılaşması.....	62
c. Bir Karşı Duruş Olarak ICSID'in Kuruluşu: Yatırım Hukukunda Depolitizasyon Çabası.....	64
4. Bretton Woods Sisteminin Çöküşü.....	64
C. FİNANSAL SERBESTLEŞME VE KÜRESELLEŞME.....	65
1. Ekonomi Politikalarında Yaşanan Değişimler.....	65
2. Bağımlılık Kuramı ve ICSID'e İtirazlar.....	69
3. Yatırım Hukukunda Küreselleşme Tartışmaları: Yatırım Hukuku Rejimi.....	72
a. Yatırım Hukuku Rejiminin Nitelendirilmesi.....	74
b. Yatırım Hukuku Rejiminin Kaynağı.....	76
c. Yatırım Hukuku Rejiminin Meşruiyet Krizi.....	77

d. Meşruiyet Krizini Aşma Çabaları.....	78
(1) Yatırım Hukuku Rejiminin İdeolojisi: Hukukun Üstünlüğü Ve Depolitizasyon.....	78
(2) Yatırım Hukukunda Yeknesaklık: Çok Taraflılık Ve Anayasa Tartışmaları.....	80
(3) Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının Yatırım Hukukuna Dahil Edilmesi Ve Orantılılık Kavramı.....	83
(4) Uluslararası Yatırım Mahkemesi Tartışmaları.....	84

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ

I. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIK.....	85
II. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARI ÇÖZÜM YOLLARI.....	85
III. ULUSLARARASI TAHKİM.....	85
IV. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNİN YAPISI VE ÖZELLİKLERİ.....	86
V. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNİN TÜRLERİ.....	88
A. AD HOC TAHKİM.....	88
B. KURUMSAL TAHKİM.....	89
1. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC).....	89
2. Stockholm Ticaret Odası (SCC).....	89
3. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA).....	89
4. Amerikan Tahkim Derneği'nin Uluslararası Uyuşmazlık Çözümü Merkezi (ICDR).....	90
5. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) ve Yatırım Tahkimindeki Ayrıcalıklı Durumu.....	90
a. Şeffaflık Ve Katılım.....	91
b. Pahalılık.....	92
c. Bağımsızlık.....	93
d. Uyuşmazlık Konusunun Yatırımla Sınırlandırılması...	93
e. Yargılamadan Kaçınamama.....	94
f. Tahkimin Nisbiliğine Aykırılık.....	94

g. Tenfiz Olmadan Kararların Geçerliliği.....	94
h. İcra Kabiliyeti.....	95
ı. Kararların Denetlenememesi.....	95
VI. ICSID'İN YAPISI VE İŞLEYİŞİ.....	95
A. ICSID'İN HUKUKİ KİŞİLİĞİ VE KURULUŞ AMACI.....	95
B. ICSID'İN ORGANLARI.....	96
1. İdari Konsey.....	96
2. Sekreteryası.....	98
3. Paneller.....	98
C. Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID ile Çözümü.....	99
1. Yatırım Uyuşmazlıklarının Arabuluculuk İle Çözümü.....	100
2. Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim İle Çözümü.....	100
D. Merkezin Yargılama Yetkisi.....	101
1. ICSID Konvansiyonu'na Göre Merkezin Yargılama Yetkisi....	101
a. Rıza.....	103
(1) Rızanın Verilme Şekilleri.....	104
i. Tahkim Kaydı İle Rıza Verilmesi.....	105
ii. Tahkim Sözleşmesi İle Rıza Verilmesi.....	106
iii. Ev Sahibi Devletin Ulusal Mevzuatı ile Rıza Verilmesi.....	107
iv. Yatırımcının Yaptığı Başvuruyu Ev Sahibi Devletin Kabul Etmesi.....	108
(2) Devletin Alt Birimlerinin Verdiği Rıza.....	108
(3) Rızanın Geri Alınamaması.....	109
(4) Rızanın Geçerliliği Ve Geçerlilik Zamanı.....	110
(5) Rıza İle Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Vazgeçme.....	111
(6) Rızanın Şarta Bağlanması.....	113
(7) ICSID Konvansiyon'undan Çekilme Halinde Rıza.....	114
b. Konu Bakımından Yetki.....	115
(1) Hukuki Uyuşmazlık.....	116
(2) İlliyet Bağı.....	117

(3) Yatırım.....	118
i. Çok Taraflı Ve Sektörel Yatırım Anlaşmalarına Göre Yatırım Kavramı.....	121
ii. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarına Göre Yatırım Kavramı.....	121
iii. Hakem Heyetleri Kararlarına Göre Yatırım Kavramı.....	123
1. Objektif Yaklaşım.....	124
2. Subjektif Yaklaşım.....	127
c. Kişi Bakımından Yetki.....	128
(1) Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı.....	129
(2) Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı.....	130
i. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarına Göre Yatırımcı Kavramı.....	132
ii. Çok Taraflı, Sektörel Ve Bölgesel Yatırım Anlaşmalarına Göre Yatırımcı Kavramı.....	133
iii. Hakem Kararlarına Göre Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı.....	133
1. Yatırımcının Vatandaşlığının İspatı.....	133
2. Çifte Vatandaşlık.....	134
3. Vatandaşlığın Kazanılması ve Kaybedilmesi.....	135
iv. Hakem Kararlarına Göre Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı.....	135
1. Paravan Şirketler.....	135
2. Kötüniyetli Hisse Devirleri.....	135
3. Hissedarların Dava Açması.....	136
2. Ek Tesis Kuralları İle Merkezin Yargı Yetkisinin Doğması.....	137
3. Zaman Bakımından Merkezin Yargılama Yetkisinin Doğması.....	139
4. Konvansiyon'a Üye Devletin Merkezin Yargılama Yetkisini Sınırlandırması.....	139

5. Merkeze Doğrudan Başvurunun Anlaşma İle Kısıtlanması....	140
6. Merkezin Yargılama Yetkisine İstisna Olarak En Çok Gözetilen Ulus Kaydı.....	141
E. TAHKİME BAŞVURU.....	142
1. Hakem Heyetinin Oluşturulması.....	146
2. Hakem Heyetinin Görevleri ve Yetkileri.....	148
3. Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği.....	153
4. Hakemin Reddi.....	153
5. Tahkim Kuralları ile Getirilen Hükümler.....	154
a. Hakem Heyetinin Çalışması.....	154
b. Genel Usul Kuralları.....	155
c. Yazılı ve Sözlü Yargılama.....	155
d. Özel Prosedürler ve Davanın Karar Haricinde Sona Ermesi.....	158
F. KARAR.....	160
1. Kararın Özellikleri ve Maddi Hataların Düzeltilmesi.....	160
2. Karara Karşı Hukuki Başvuru Yolları.....	162
a. Kararın Yorumlanması.....	163
b. Kararın Düzeltilmesi (Kararın Revizyonu).....	163
c. Kararın Yorumlanması ve Düzeltilmesi İle İlgili Ek Kurallar.....	164
d. Kararın Geçersiz Kılınması (Kararın İptali).....	165
e. Kararın Uygulanmasının Durdurulması (Kararın İcra Edilememesi).....	167
f. Karara Karşı Hukuki Başvuru Yollarının Benzerlikleri ve Farklılıkları.....	168
3. Kararın Bağlayıcılığı.....	169
4. Kararın Tanınması (Kararın Tenfizi) ve Kararın Uygulanması.....	170
SONUÇ	172
KAYNAKÇA	177

KISALTMALAR LİSTESİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ASEAN	: Güneydoğu Asya Uluslar Birliği (Association of Southeast Asian Nations)
BM	: Birleşmiş Milletler
DB	: Dünya Bankası
IBRD	: Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (International Bank for Reconstruction and Development)
ICC	: Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce)
ICDR	: Amerikan Tahkim Derneği'nin Uluslararası Uyuşmazlık Çözümü Merkezi (International Centre for Dispute Resolution)
ICSID	: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes)
IDA	:Uluslararası Kalkınma Birliği (International Development Association)
IFC	: Uluslararası Finans Kurumu (International Finance Corporation)
IMF	: Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund)
LCIA	: Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration)
MAI	: Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (Multilateral Agreement on Investment)
MIGA	: Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı (Multilateral Investment Guarantee Agency)
NAFTA	: Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (North American Free Trade Agreement)
NIEO	: Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen (New International Economic Order)
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (Organisation for Economic Co-operation and Development)
SCC	:Stockholm Ticaret Odası (Stockholm Chamber of Commerce)

UAD

: Uluslararası Adalet Divanı

UNCITRAL

: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
(United Nations Commission on International Trade Law)



GİRİŞ

Uluslararası yatırım hukuku, uluslararası ekonomik ilişkileri şekillendiren uluslararası yatırımların hukuk kuralları ile düzenlenmesi çabasıdır. Geçmişte oldukça eskiye dayanan ve ticari faaliyetlerden doğup gelişen “yatırım” ve “yatırım hukuku”, dinamik ve kendine özgü yapısıyla uluslararası hukukun diğer alt dallarından farklılaşmaktadır. Uluslararası yatırım hukuku, dinamik yapısı gereği sürekli gelişmekte ve değişmektedir.

Uluslararası yatırım hukuku; ekonomi, hukuk ve siyaset alanların tümünden birden beslenmekte olduğundan tezimde yatırım hukukunun bu üç alanla da ilişkisini, bu alanları birbirini etkileyen ve birbirlerinden etkilenen boyutlar olarak kabul ederek, bir bütün olarak inceledim. Üstelik, hukuk kuralları, o günün şartlarından ayrı değerlendirilemeyecektir. Diğer bir deyişle; ekonomi, siyaset ve kültür gibi aslında birbirinden bağımsız düşünemeyeceğimiz unsurlarda yaşanan gelişmelerin, hukuk kurallarının tespitinde önemli ölçüde belirleyici olduğu doğal ve su götürmez bir gerçektir. Hukuk kuralları ise bu alanlardaki ilişkilere sistematik bir düzen sunar. Öte yandan, konumuz olan uluslararası yatırım hukuku açısından ele alındığında, yukarıda adı geçen her sosyal alanın farklı bir uluslararası yatırım kavramı, aktörü ve aktörler arası ilişki sunduğu görülmektedir. Tüm bu sebeplerle yatırım hukukunun gerçek yapısını tespit ve tasvir etmek, kavramak ve analiz etmek ancak bütüncül bir yaklaşım ile mümkün olacaktır.

Şu halde uluslararası yatırım hukukunun bütüncül değerlendirilebilmesi konuya üç farklı açıdan bakılmasını gerektirir. Bunlardan ilki, uluslararası yatırımların yapılması esnasında taraflar arasındaki ilişkinin ekonomik boyutudur. Konunun ekonomik boyutu; yatırım alanındaki aktörlerin davranışlarının, bu davranışların sebeplerinin ve aktörler arası ilişkilerin niteliğinin anlaşılması açısından önemlidir. Konu ekonomi bağlamından kopuk biçimde değerlendirildiği müddetçe, yatırım hukuku aktörlerinin davranışları ve aralarındaki uyuşmazlıkların neden kaynaklandığının anlaşılabilmesi çok güç olacaktır. İkincisi, ekonomik ilişkiyi düzenlemeyi amaçlayan hukuk kuralları ile uluslararası yatırımların hukuki boyutudur. Hukuki boyut, ekonomik boyutla tespit edilen aktörler arasındaki ilişkiyi düzenleyen kuralları tespit etme çabasıdır. Üçüncüsü ise ekonomik ilişkiyi düzenlemeye çalışan hukuk kurallarının zaman içinde değişiminin hem sebebini hem sonucunu teşkil eden siyasi boyuttur. Konunun uluslararası siyaset boyutu

bağlamında ele alacak olduğumuz uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişim aşamalarının incelenmesi sonucunda ulaşacağımız veriler ışığında ise, uluslararası yatırım hukuku aktörleri arasındaki ilişkileri ve uyuşmazlıkların siyasi yönünü aydınlatılabileceğimiz düşünülmektedir. Kanaatimiz, bu ilişkilerin özellikle de eşitsiz bir ilişki olup birçok farklı etkisi olduğu yönündedir. Ayrıca bu tarihsel inceleme sayesinde yatırım hukuku kurallarının nasıl uluslararasılaştığı ve uluslararası hukukla ilişkisi de ortaya konmuş olacaktır. Yatırım hukuku kurallarının uluslararası hukukla ilişkisinin açığa kavuşturulacak olması, yine konumuz bağlamında, yatırım ilişkilerinin uluslararası hukuk kurallarına tabi hale gelmesinin ve geliş yollarının uluslararası siyasi ve ekonomik ilişkilerle yakından ilintili olması nedeniyledir ve çalışmamızın varsayımının da bir devamı niteliğindedir.

Özetlemek gerekirse, birbirinden bağımsız olmayan ve birbirini besleyen, değiştiren ve yeniden üreten söz konusu üç yaklaşımın; uluslararası yatırımların ne olduğunu, nasıl gerçekleştiğini ve nihayet uluslararası yatırım hukukunun amacı ile olası evrilişini daha iyi şekilde açıklayabileceği ve bunun da, yani uluslararası yatırım hukukunun amacının, işleyişinin ve değişiminin anlaşılmasının da, hukuk kurallarının doğru yorumlanmasını da sağlayacağı düşünülmektedir. Çalışmamızın ana eksenini bu iddia oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, tezin konusu kapsamında yer alan yatırım uyuşmazlıklarının tahkim ile çözümüne uygulanacak kuralların lafzının ve ruhunun açıkça ortaya konabilmesi, ancak uluslararası yatırımların birbiriyle ilişkili üç boyutunun birden değerlendirilmesiyle mümkündür. Tüm bu nedenlerle araştırmamızda öncelikle uluslararası yatırım hukukunun ekonomi ve siyasetten beslenerek nasıl oluştuğu, geliştiği ve -yatırım hukukunun dinamikliğinin göstergesi de olan- değişimi incelenmektedir ki bu oluşum süreci ve değişimler, yatırım hukukunun dinamikliğine işaret etmektedir. Diğer bir deyişle uluslararası yatırım hukukunun oluşumunu ve dinamik yapısını anlamak, uluslararası yatırım tahkimini anlamının yoludur, zira yatırım tahkimi kuralları da dinamik yapı içerisinde yaşanan ekonomik ve siyasi gelişmelere göre değişmekte ve yeniden düzenlenmektedir.

Literatür taraması neticesinde; konunun bütüncül olarak ele alınmadığı, araştırmalarda konunun ekonomi, hukuk veya siyaset bağlamında ayrı ayrı değerlendirildiği, özellikle Türkçe literatürde yalnızca ekonomi ve hukuk alanlarıyla sınırlı kalındığı ve siyaset ile ilişkisine değinilmediği görülmüştür. İngilizce literatürde ise konu, hukuk ve siyaset ile iç içe ele alınmış ve yatırım hukukunun doğası tartışılmış, ekonomik gelişmeler ikinci planda aktarılmıştır. Tüm bu sebeplerle

konunun bütüncül bir yaklaşımla ele alınması gerekliliği hasıl olmuştur. Tezimin temel amacı, uluslararası yatırım hukukunu ve bu hukukun uygulanması ve/veya yorumlanmasından doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözümünü açıklamaktır. Bu amaca yönelinmesindeki sebep ise, bu konuda Türkçe literatürde gözlemlediğim eksikliklerdir. Bu eksikliğin giderilmesinin, veya en azından giderilmesi için ortaya konan yaklaşımın yaratacağını ümit ettiğimiz farkındalığın, bundan sonra özellikle de ülkemizde ortaya çıkabilecek uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında tahkim çözümüne yönelik olarak daha doğru kararlar alınabilmesine katkıda bulunacağı değerlendirilmektedir.

Konuya ilişkin Türkçe yazımdaki boşluğun, en çok da konuya bütüncül açıdan bakılmaması olduğunu belirtmiştik. İşte, tezimin içeriğine bütüncül boyutun kapsadığı tüm bu alanları dahil edebilmek ve bu alanlar arasındaki karşılıklı ilişkileri inceleyebilmek için gereken esnekliği sağlayacak akademik birimin Siyasal Bilgiler Fakültesi olması nedeniyle de araştırmamı bu fakülte bünyesinde tamamlamış bulunuyorum.

Yukarıda bahsedilen tezimin temel amacına ulaşabilmek adına temel yaklaşım konuyu bütüncül bir şekilde ele almaktır. Bu amaca ulaşabilmek için izlenen yol ise literatürdeki dağınık bilgilerin kavramsallaştırılıp analiz edilmesi olmuştur. İşbu hususlara uygun olacak şekilde, çalışmanın birinci bölümünde, uluslararası yatırımların ekonomik görünümü ele alınmaktadır. Uluslararası yatırımların ekonomi alanındaki tanımı, türleri, yatırım yapılma ve kabul edilme sebepleri, yatırım türleri arasındaki farklılıklar bu bölümde incelenecek konulardır. Bu bölümde amaçlanan uluslararası yatırımların ekonomi ile olan ilişkisini ve uluslararası yatırım hukukuna nasıl etki ettiğini saptamaktır.

İkinci bölümde, uluslararası yatırımların hukuki görünümü incelenecek olup ele alınacak konular; yatırım hukukunun aktörleri, kaynakları, yatırımcıyı koruyan ilkeler, uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişimi ve uluslararası yatırımların siyasi görünümüdür. Bu bağlamda yatırım hukukunun aktörlerine ve yatırım hukukunun kaynaklarına fiili durum gözetilerek tarafımda eklemeler yapılmıştır. Uluslararası yatırımların siyasi görünümü, uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişiminin bir parçası olduğu için tarihsel gelişim kapsamında ele alınmış ve bu konunun ayrı bir bölüm teşkil etmesi uygun görülmemiştir. Siyasi görünüm başlığı altında yatırım hukukunun yapısına ilişkin tartışmalara ayrıca yer verilmiştir. Bu bölümde Türkçe literatüre kıyasla getirilen yenilik, tarihsel gelişim süreci içerisinde

yatırım hukuku kurallarının geçirdiği değişimleri incelemek olmuştur. Bu sayede tespit ettiğim hususlar; yatırım hukukunda üç aşamada depolitizasyonun sağlandığı ve yatırım hukukunun uluslararasılaşmasının hem Konvansiyon hükümleri hem de diğer hukuki metinlerle aşamalı olarak gerçekleştiğidir. Bir diğer tespitim; yatırım hukuku rejiminin yapısı, nitelikleri, kaynağı, meşruiyet krizi ile krize verilen dört karşılıktır.

Üçüncü yani son bölümde, uluslararası yatırım tahkimi incelenecektir. Bu bölümün konuları; uluslararası uyuşmazlığın ve uluslararası tahkimin tanımları ile özellikleri, uluslararası yatırım tahkiminin tanımı ve özellikleri, tahkim kurumlarından ICSID'in özellikli durumu ve ICSID yargılamasıdır. Bu noktada ICSID'in; diğer uyuşmazlık çözüm kurumları arasından detaylı şekilde incelenmek üzere tercih edilmesinin nedeni; uluslararası tahkimde başat kurum olması, ayrıcalıklı yapısı, kendine has kuralları ve yatırım tahkimini şekillendirmesinden ileri gelmektedir. Bu kapsamda ICSID'in kuralları, işleyişi, karar verme süreci ve kararlarının denetimi ele alınacaktır. Bu bölümde ICSID Tahkim Kuralları'nın detaylı şekilde incelenmesinin Türkçe literatüre önemli ölçüde bir katkı oluşturacağına inanılmaktadır. Zira literatürde, bu kuralların düzen içerisinde ve de Konvansiyon ile mukayeseli bir şekilde ele alındığına rastlanılmamıştır. Bu nedenle bu bölümde içeriklere uygun düşecek şekilde, Tahkim Kuralları, Konvansiyon hükümleri ile birlikte ele alınacaktır. Türkçe literatüre kıyasla getirdiğim ikinci farklılık ve katkı ise, ICSID tahkiminin konu bakımından yetkisinin şartlarından illiyet bağı kavram olarak dahil etmiş olmamdır. Literatürden farklı olan üçüncü ve dördüncü noktalar ise, sırasıyla, karardaki maddi hataların düzeltilmesi talebini karara karşı başvuru yolu olarak kabul etmiş olmamam ve karara başvuru yollarının mukayesesidir. Konumuzun daha farklı, çok-boyutlu ve uygulamada tecrübe edilen aksaklıkların düzeltilmesine yönelik bir biçimde ele alınmasının, literatüre katkı sunacağı kanaatindeyim.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI YATIRIMLARIN EKONOMİK GÖRÜNÜMÜ

I. YABANCI YATIRIM

A. YABANCI YATIRIMIN TANIMI

Yabancı yatırım, sermaye fonlarının ülkeler arasındaki transferini ifade etmektedir.¹ Yabancı yatırım, yatırım yapılan ve ev sahibi devlet olarak tanımlanan bir ülkenin sermaye stoğuna o ülkenin uyruğunda olmayan ve yabancı yatırımcı olarak tanımlanan gerçek veya tüzel kişinin sahip olması anlamına gelmektedir. Yapılan sermaye transferinde, sermayeyi transfer edenin sermaye transfer edilen devletin uyruğunda olmaması yatırımın yabancı yatırım olarak kabul edilmesini sağlamaktadır. Sermaye transferi gerçek veya tüzel kişi yabancı bir yatırımcı tarafından yapılabileceği gibi bir devlet tarafından da yapılabilir. Devletler arası sermaye aktarımı; borç verme, yatırım yapma veya üretime katılma ile ortaya çıkmaktadır.²

Uluslararası yatırımlar, sermaye hareketliliğinin günümüzdeki görünümüdür.³ Uluslararası sermaye hareketleri neticesinde; yabancı sermayenin girişi bir alacak işlemi olup yatırım yapılan devlete döviz kazandırmakta veya yatırım yapan devlete alacak hakkı doğurmakta iken sermaye çıkışı bir borç işlemi olup döviz çıkışına veya yabancı bir devlete borçlanmaya neden olmaktadır.

B. YABANCI YATIRIM TÜRLERİ

Uluslararası sermaye hareketleri doktrinde çeşitli şekilde tasnif edilmektedir. Buna göre uluslararası sermaye hareketleri; vadelerine ve paraya çevrilme hızına göre kısa ve uzun dönemli veya işlemi yapan kişinin sıfatına göre ise özel veya resmi olmak üzere tasnif edilmektedir. Kısa vadeli sermaye hareketleri; banka

¹ Ahmet Kurtaran, "Doğrudan Yabancı Yatırım Kararları Ve Belirleyicileri", **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C.10, S.2, 2007, s. 367.

² Muhammet Şükrü Çetin, "Sermaye Hareketlerinin Gelişmekte Olan Ülkelere Olası Etkileri: Türkiye Örneği", Yüksek Lisans Tezi, Isparta, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2008, s.3.

³ Osman Saraç, "Milletlerarası Tahkim ve Uluslararası Yatırımlar", **Maliye Dergisi**, S.140, 2002, s. 47-57, (Çevrimiçi) https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/Milletlerarası-Tahkim-_O.-Sarac-2.pdf, 08.05.2019.

mevduatları, hazine bonosu ve ticari bono olarak, uzun vadeli sermaye hareketleri ise uzun vadeli tahviller ve hisse senetleri olarak örneklenebilir. Özel sermaye hareketleri, dış yardım niteliğinde olmayan ve ticari koşullara riayet ederek sermayenin kaynak devletten ev sahibi devlete transferidir. Resmi sermaye hareketleri, gelişmiş ülkelerden azgelişmiş ülkelere yapılan uluslararası transfer niteliğindeki bağış veya devletlerarası borçlanma niteliğindeki kredi şeklinde olmaktadır.⁴

Doktrinde kabul gören ve tezimde kullanmayı tercih ettiğim IMF tarafından yayınlanan 1999 tarihli Balance of Payments Statistics Yearbook'da yer alan tasnife göre ise uluslararası sermaye hareketleri doğrudan yabancı yatırımlar, portföy yatırımları ve diğer yatırımlar olmak üzere üçe ayrılmakta ve diğer yatırımlar da vadelerine göre uzun vadeli ve kısa vadeli sermaye hareketleri olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵

1. Doğrudan Yabancı Yatırımlar

a. Doğrudan Yabancı Yatırımların Tanımı

Doğrudan yabancı yatırımlar; yatırımların yabancı yatırımcının tamamen veya kısmen kontrolünde bulunan ve yatırım yapılan ve ev sahibi devlet olarak anılan devletin ekonomik refahını artırma amacıyla yapılan yatırım türüdür.⁶ Yatırım yapılan ev sahibi devlette bulunan bir şirketin satın alınması veya yeni kurulan bir şirketin kuruluş sermayesine katkı sağlanması veya mevcut bir şirketin sermayesinin artırılması yoluyla gerçek veya tüzel kişi yabancı yatırımcının şirketi kendine bağımlı kılması ve kontrolünü ele geçirmesi şeklinde yapılan yatırımlar, doğrudan yabancı yatırımlar olarak tanımlanmaktadır. Bu yatırım türünde yabancı yatırımcılar, yerli şirketlerin yönetimini de devraldıkları için yerli şirket yabancı yatırımcının bilgi birikiminden, teknolojisinden, ticari sırlarından ve ticari unvanından faydalanırken

⁴ Nagehan Keskin, "Finansal Serbestleşme Sürecinde Uluslararası Sermaye Hareketleri Ve Makroekonomik Etkileri: Türkiye Örneği", Doktora Tezi, İzmir, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2008, s. 23-26.

⁵ Keskin, **A.e.**, s. 26. ve Ferit Kula, "Uluslararası Sermaye Hareketlerinin Etkinliği: Türkiye Üzerine Gözlemler", **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C.4, S.2, 2003, s.141-154, (Çevrimiçi) <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/193.pdf>, 07.05.2019.

⁶ Zeynep Çalışkan, "Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili Ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 29, S. 0, 2009, s. 85

yabancı yatırımcıya elde edilen kârın tamamı veya bir kısmı transfer edilmektedir.⁷ Ev sahibi devlette yatırım yapılan veya yabancı yatırımcı tarafından kurulan şirkete yavru şirket veya şube denilmektedir. Doğrudan yabancı yatırımların özellikle sanayi sektöründe yapıldığı dikkat çekmektedir. Bu sebeple, doğrudan yabancı yatırımlar ülkeler arası sanayi dalları arasında transfer olarak görülmektedir.⁸ Doğrudan yatırımların en önemli özelliklerinden biri, uzun süreli yatırımlar olmaları ve yatırım yapılan devleti aniden terk edememeleridir.

Bir yatırımın doğrudan yatırım olarak kabul edilmesinde ev sahibi devlete fiziki olarak yatırımın yapılması ve yatırımın yatırımcının denetiminde olması veya yönetime etki edebilme imkânının olması gerekmektedir. IMF raporuna göre; bir işletmenin yatırımcının denetiminde kabul edilmesi için yönetimde %50'den fazla oy oranına sahip olması gerekir. %50'den düşük ancak %10'dan büyük oy oranına sahip bir yatırımcının yönetime etki edebildiği kabul edilmektedir.⁹

Tanımdan yola çıkıldığında doğrudan yabancı yatırımlar dört şekilde yapılmaktadır.

b. Doğrudan Yatırım Yapma Şekilleri

(1) Ortak Girişim

İki veya daha fazla şirketin belirli bir pazar alanında işbirliği yapmasını ifade eden ortak girişim; küçük şirketlerin rekabete katılabilmesini sağladığı, karşılaşılabilecek riskleri azalttığı ve yeni teknolojileri elde edebilme olanağı tanıdığı için tercih edilmektedir.¹⁰

(2) Şirket Birleşmeleri

İki veya daha fazla şirketin tüm sermayesini birleştirerek ve hukuki kimliklerini kaybederek yeni bir şirket olarak piyasaya çıkmalarını ifade etmektedir.

M. Sornarajah, bu iki türü bir kabul etmekte ve ortak girişim olarak değerlendirmektedir. Her iki tür için ortak nokta; gelişmiş devletlerin uluslararası

⁷ Kurtaran, A.y.

⁸ Gökhan Narin, "Türkiye'ye Gelen Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Özellikleri ve Türkiye Ekonomisi Üzerindeki Olası Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2007, (Çevrimiçi) <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/740>, 05.05.2019.

⁹ Alper Çağrı Yılmaz, **Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 12-15.

¹⁰ Kurtaran, A.e., s. 368.

işbirliğinin gerektiği sektörlerde kendi aralarında anlaşma sağladıkları, gelişmekte olan devletlere yatırım yapacağı zaman yerel işletmelerle veya devlet şirketleriyle ortak girişime gittikleridir.¹¹

(3) Stratejik Birlikler

İki veya daha fazla şirketin hem hisse senetlerinin bir kısmını değiştirmesi hem de beraber üretim yapmak amacıyla ortak bir girişim kurmaları stratejik birliğin bir türü olduğu gibi taraflar arasında ortak üretim ve pazarlama anlaşması yapılarak bir tarafın diğer tarafı piyasada temsil etmesi de stratejik birlik olarak kabul edilmektedir.¹²

(4) Üretim Paylaşım Anlaşması

M. Sornarajah'a göre doğrudan yatırım yapmanın bir türüdür. Özellikle petrol sektöründe ev sahibi devlete belirli bir ücret vermeyi öngören imtiyaz sözleşmelerinin yerini alan bu anlaşmalara göre; doğal kaynakların ev sahibi devlete ait olduğu ilkesinden bahisle petrol aramanın şirkete ait olduğu, kabul edilmektedir. Petrol bulunduktan sonra ise şirket petrolün çıkarılmasından belirli bir yüzde almaktadır.¹³

Yabancı yatırımcı doğrudan yatırımı yaparken mülk edinme saikiyle değil, kâr elde etme saikiyle hareket etmektedir. Yabancı yatırımcı, doğrudan yatırım yaparken yerli piyasayı ve hukuk sistemini bilen yerli ortaklar tercih etmektedir. Doğrudan yabancı yatırımların en önemli özelliği uzun süreli olmaları ve taraflar arasında asimetrik ilişki kurmalarıdır.¹⁴

Doğrudan yatırımlar bir piyasa işlemi olmaksızın sermayenin transferidir ve yatırım yapılan devlete döviz transferi gerçekleşmeyebilir. Ayrıca yabancı yatırımcının doğrudan yatırım ile elde ettiği kârı, yatırımı için kullanması da doğrudan yabancı yatırım olarak kabul edilmektedir. Önceleri az gelişmiş ülkelerin sermaye açığını kapatma, ucuz işgücü ve hammadde temin etme ve üretim maliyetlerini düşürme gibi amaçlarla yapılan doğrudan yatırımlar günümüzde;

¹¹ Muthucumaraswamy Sornarajah, **The International Law On Foreign Investment**, 3rd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, s. 116-117

¹² Kurtaran, **A.y.**

¹³ Sornarajah, **A.e.**, 118.

¹⁴ Süleyman Dost, "Uluslararası Nitelikli Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim (ICSID Tahkimi Yoluyla Çözümü) ve Türkiye", Doktora Tezi, Isparta, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2005, s.101.

teknolojinin az gelişmiş ülkeye transeferini, sağlıklı bir rekabet ortamının teminini, işletmenin yönetimini ve yabancı yatırımcının politik ve ekonomik desteğinin sağlanması gibi gayri maddi hizmetlerin transferini de kapsamaktadır. Kısaca ucuz hammadde ve işgücü temini yerine tamamlayıcı politikalar önem arz etmeye başlamıştır.¹⁵

c. Yabancı Yatırımcıların Doğrudan Yatırım Yapma Sebepleri

- Yabancı yatırımcı, kendi ülkesinde elde edeceği kârdan daha fazlasını doğrudan yatırımlarla elde eder.
- Doğrudan yatırımlar sayesinde yabancı yatırımcı yeni pazarlar elde eder ve mevcut pazar payını korumuş olur.
- Doğrudan yatırımlar sayesinde yabancı yatırımcı, uyuğunda bulunduğu devlette üretim yapıp ihraç etmesine kıyasla daha çok kâr elde eder.¹⁶
- Doğrudan yatırımlar, yatırım yapan devlette fazla tasarrufların yaratacağı enflasyonist baskının ortadan kalkmasını sağlar.
- Farklı ülkelerde yatırım yapılması, risk unsurunu azaltır.
- Doğrudan yatırım yapma, yabancı yatırımcının uyuğunda bulunduğu devletin kısıtlamalarından kurtulma imkânı sağlar.
- Ucuz işgücü ve ucuz hammadde, maliyetlerin azalmasına sebep olur.
- Yabancı yatırımcının ev sahibi devlete kıyasla daha üstün teknolojiye sahip olması, rekabet ortamında üstünlük kazanmasını sağlar.¹⁷

d. Ev Sahibi Devletin Doğrudan Yabancı Yatırımı Kabul Etme Sebepleri

- Doğrudan yatırımlar, diğer yatırım türleri gibi ev sahibi devletten hemen çekilmezler.
- Doğrudan yatırımlar sayesinde, ev sahibi devlet tarafından borçlanma yoluna gidilmeksizin tasarruf ve yatırım yapma imkânı olur ve üretim artar.
- Doğrudan yatırımlar sayesinde, ev sahibi devletin ileri teknolojiyi kullanma ve öğrenme imkânı doğar.

¹⁵ Çetin, A.e., s. 8.

¹⁶ Burhan Ormanoğlu, **Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim**, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Ankara, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Yayını, 2004, s. 14.

¹⁷ Çetin, A.e., s. 9-10.

- Doğrudan yatırımlar sayesinde, ev sahibi devlette yeni istihdam alanları doğar.
- Doğrudan yatırımlar sayesinde, ev sahibi devletin dış pazarlara açılma imkânı olur.¹⁸

e. Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Belirleyici Olan Faktörler

Doğrudan yabancı yatırım yapılması kararının alınmasının ekonomik ve sosyo-politik olmak üzere iki tür belirleyicisi vardır.

(1) Ekonomik Faktörler

Ev sahibi devletin ekonomisine dair kimi kıstaslar yabancı yatırımcının o devlette doğrudan yatırım yapması kararında etkili olmaktadır. Ahmet Kurtaran'ın tasnifi burada önemlidir. Buna göre; ev sahibi devletin pazarının büyüklüğü, ticari sınırlamasının olmaması, işçi maliyeti ve emeğin verimliliği, coğrafi yapı, altyapı, ev sahibi devletçe sağlanan teşvikler ve faaliyet koşulları ile ticaret açığı ekonomik faktörlerdir.

Ev sahibi devletin pazarı ne kadar büyükse yabancı yatırımcı o kadar satış yapabilecek ve kâr elde edecektir. Dış ticaret hacminin gayri safi milli hasılaya bölünmesiyle elde edilen değer ticari sınırlamanın ölçüsü olup yabancı yatırımcının bu sınırlamanın olmadığı devletlerde yatırım yapmasına etki eder. Ev sahibi devlette işçiler arasında güçlü sendikalaşmanın varlığı, yabancı yatırımcıların yatırım yapma ihtimalini düşürürken ucuz işgücü yabancı yatırımcıyı çekmektedir. Emeğin verimliliği ancak diğer potansiyel ev sahibi devletlerde işgücü fiyatlarının benzer olması durumunda yabancı yatırımcı için bir kıstas olmaktadır. Yabancı yatırımcının uyruğunda olduğu devlet yani kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki coğrafi yakınlık taşıma maliyetlerini azaltıcı bir etki yarattığı için önemlidir. Haberleşme, ulaşım ve fiziksel altyapının iyi durumda olması yabancı yatırımcının ev sahibi devleti tercih etmesi için önemli bir rol oynamaktadır. Vergilerin düşük tutulması gibi yabancı yatırımcılara sağlanan teşvikler, yabancı yatırımcının ev sahibi devleti tercih etmesinde önemli bir etken olabilmekte ve faaliyet koşullarında gerçekleştirilen iyileştirmeler de yabancı yatırımcıyı ev sahibi devleti seçmesine sebep olmaktadır. Ev sahibi devletin ticaret açığının olması, yabancı yatırımcıların tercihlerini olumsuz

¹⁸ Kurtaran, A.e., s. 367.

yönde etkilerken ticaret fazlası olan ev sahibi devletlerin ekonomisinin iyi olduğu kabul edilmektedir.¹⁹

(2) Sosyo-Politik Faktörler

Ev sahibi devletin sosyo-politik yapısına dair kimi kıstaslar, yabancı yatırımcının o devlette doğrudan yatırım yapması kararında etkili olmaktadır. Ahmet Kurtaran ve Gürçem Oransay tasnifleri burada önemlidir. Buna göre; teknolojik gelişmişlik ve kaynak ayırma, yaşam standartları, kültürel benzerlik, politik risk, siyasi istikrar, mülkiyet haklarının kullanılabilirliği, yargı bağımsızlığı ve işlerliği, şeffaflık ve rekabete imkân verilmesi sosyo-politik faktörlerdir.

Teknolojik yeterliliği olan ve araştırmalara bütçe ayıran ev sahibi devletler, yabancı yatırımcılar tarafından daha çok tercih edilmektedir. Ev sahibi devletin kentleşme oranı, okur-yazarlık oranı ve nüfusun yaşam standardı gibi yaşam biçimine ilişkin değerler, yabancı yatırımcılar bakımından önem arz etmektedir. Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının tabi olduğu devlet arasında kültürel olarak bir benzerlik olması, ev sahibi devletin tercih edilmesinde bir etkidir. Ev sahibi devletin politik yapısındaki değişikliklere bağlı olarak yatırımcının transferinin etkilenmesine politik risk denilmektedir. Politik risk; ev sahibi devlette yaşanan politik değişimlerden ve iç karışıklıklardan, kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki politik ilişkilerden veya ev sahibi devlet ile üçüncü devletler arasında yaşanan politik gelişmelerden kaynaklanabilir. Politik risk çeşitleri makro ve mikro olmak üzere ikiye ayrılır. Makro politik risk, ülkeden ülkeye farklılık gösteren ve ev sahibi devlette bulunan tüm yabancı yatırımcıları etkileyen politik risk türüdür. Makro politik risk grubuna giren düzenlemeler; hukuka uygun şekilde yapılırsa da kamulaştırma, vergi kanunlarındaki değişiklikler ve sermaye transferinin kısıtlanmasıdır. Sadece belirli sektörleri ve buna bağlı olarak belirli yabancı yatırımcıları etkileyen politik riske mikro politik risk denilmekte ve belirli sektörleri ilgilendiren vergiler konulması ve yasal düzenlemeler yapılması buna sebep olmaktadır. Mikro politik riske örnek olarak; yabancı yatırımların bir sektörde tekel haline gelmesi, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya ihtiyaç duymaksızın şirketi yönetebilir hale gelmesi ile kamulaştırma yapılması, ev sahibi devletin kısıtlamasına karşı kaynak devletin politik ve ekonomik olarak karşılık verememesi sayılabilir.²⁰ Siyasi istikrarın olmadığı devletler riskli bulunmakta,

¹⁹ A.e., s. 374-376.

yabancı yatırımcıları olumsuz etkilemekte ve bu devletlere yatırım yaparken tercih edilmemektedir. Siyasi istikrarın olduğu devletlerde yabancı yatırımların arttığı görülmektedir. Mülkiyet haklarının etkin şekilde kullanılabilmesi yabancı yatırımcıyı çeken bir unsur olmakla beraber tek başına yeterli olamamakta ve diğer faktörlerle beraber değerlendirilmektedir. Yargı bağımsızlığı ve işlerliği, mülkiyet hakkının korunmasını sağladığı gibi ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki anlaşmaların da uygulanmasını ve taraflar arasında dengeyi sağlar. Bir ülkenin ekonomi politikalarının şeffaf olması yabancı yatırımları olumlu yönde etkilemektedir. Yabancı yatırımcılar, ev sahibi devletin ekonomi politikalarını bildiği takdirde risk unsuru azalacaktır. Ev sahibi devletin işsizlik, enflasyon, dış ticaret gibi konularla ilgili verilerinin gerçek bir şekilde açıklanması, yabancı yatırımları çekmekte ve risk unsuru azaltmaktadır. Ev sahibi devletin adil ve öngörülebilir bir rekabet sisteminin olması, yabancı yatırımcıları olumlu etkilemekte ve yabancı yatırımcının olası yerli tekellerle mücadele edebilmesini ve yerli yatırımcılarla rekabet edilebilmesini sağlamaktadır.²¹

Yabancı yatırımcılar tüm bu bahsedilen riskleri azaltmak için ev sahibi devlete öncelikle ihracat yaparlar. Elde ettikleri gelirin beklentilerini karşılaması halinde, taraflar arasındaki ilişki lisans anlaşmalarıyla devam eder ve belirsizliğin azaldığına inanan yabancı yatırımcı ev sahibi devlete doğrudan yatırım yapmayı da en sonunda tercih eder.²²

f. Doğrudan Yabancı Yatırımların Ev Sahibi Devlete Etkileri

Doğrudan yabancı yatırımların ev sahibi devlete etkileri üç teori ile açıklanmaktadır. İlk teori olan klasik teoriye göre, bu yatırımlar gelişmekte olan bir ekonominin kalkınabilmesi için şarttır. Bağımlılık teorisi ise yabancı yatırımların gelişmekte olan ülkelerin bağımlı hale gelmesine sebep olduğunu savunmaktadır. İlimli teori ise her iki teoriye de hak vererek yatırımların olumlu ve olumsuz etkilerinin olduğunu ileri sürmektedir.²³

²⁰ Mustafa Emir, Ahmet Kurtaran, "Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru", **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, S.28, 2005, s.0-0, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mufad/issue/35597/395344>, 09.05.2019.

²¹ Gürçem Oransay, Faruk Mike "Doğrudan Yabancı Yatırımların Sosyo-Politik Belirleyicileri Üzerine Bir Analiz", **Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi (AKAD)**, C. 8, S. 14, 2016, s. 98-100.

²² Kurtaran, **A.e.**, s. 380.

Doğrudan yabancı yatırımların ev sahibi devlete hem olumlu hem de olumsuz etkileri vardır. Doğrudan yabancı yatırımların ev sahibi devlete olumlu etkileri, etkinlik ve dağılım kavramlarıyla açıklanırken olumsuz etkileri, ev sahibi devletin egemenliğinin kısıtlanması ve ekonomik krizlerin yaşanmasıdır.

(1) Etkinlik

Etkinlik kavramı, kaynak dağılımı etkinliği ve üretim etkinliği olmak üzere iki kavramdan oluşmaktadır. Doğrudan yabancı yatırımlar, ev sahibi devletin öncelikle yatırımlarını finanse etmektedir. Transfer edilen gayri maddi varlıklar ve döviz vasıtasıyla sermaye birikimi hızlanmakta ve bu durum kaynak dağılımı etkinliği olarak adlandırılmaktadır. Doğrudan yabancı yatırımların üretimi artırması ise üretim etkinliği olarak tanımlanmaktadır.²⁴

Etkinlik kavramı ev sahibi devletin ekonomisinin ödemeler dengesine, sermayesine, üretimine, büyümesine ve istihdamına ayrıca etki etmektedir. Buna göre; yapılan bir yabancı yatırım ev sahibi devletin ödemeler dengesine gelir olarak kaydedilir. Yabancı yatırımcının elde ettiği kârı yeniden sermaye olarak kullanması, ev sahibi devlete olumlu etki ederken kaynak devlete geri dönmesi halinde ödemeler dengesi olumsuz olarak etkilenecektir. Kaynak devletle ticaretin gelişmesi ve daha evvel ithal edilen ürünlerin ev sahibi devlette üretilebilir hale gelmesi, ödemeler dengesine olumlu etki etmektedir. Yeteri kadar sermaye biriktiremeyen ev sahibi devletin yabancı yatırım sayesinde döviz yokluğu azalmakta ve tasarruf artmakta ve sermaye oluşumu sağlanmaktadır. Ayrıca yabancı yatırımcının getirdiği teknoloji, işletme yönetimi ve bilgisi üretimin artmasına sebep olmaktadır. Sermaye ve üretimde yaşanan artış, milli gelirin artmasına ve ev sahibi devletin ekonomisinin büyümesine sebep olmaktadır. Doğrudan yabancı yatırım özellikle yeni işletme kurularak yapıyorsa istihdam sağlamakta ve getirdiği altyapı yeni işletmelerin kurulmasının önünü açmaktadır.²⁵

(2) Dağılım

Doğrudan yabancı yatırımlar sayesinde, ev sahibi devlette üretim artmakta ve farklı üretim faktörlerinin gelişmesine etki etmekte ve bu durum dağılım etkisi

²³ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s. 573.

²⁴ Kula, **A.e.**

²⁵ Çetin, **A.e.**, s.11-13.

olarak tanımlanmaktadır.²⁶ Dağılım etkisi sayesinde; teknolojik gelişme ve verimlilik artmakta, istihdamın artması ile ücretlerde de artış yaşanmaktadır. Ev sahibi devletin işgücü, yabancı yatırımcının işletmesinde çalışarak teknolojiyi transfer etmekte ve bu sayede verimlilik de artmaktadır. Yabancı yatırımcının işletmesinde çalışan işçilerin ücretleri artmaktadır. Zira yabancı yatırımcı personel yetiştirmekte ve buna göre de ödeme yapmaktadır.²⁷

(3) Egemenlik

Doğrudan yabancı yatırımların kontrolünün ve yönetiminin yabancı yatırımcıda olması, ev sahibi devletin kaynakları üzerindeki egemenliğini kısıtlamakta ve ev sahibi devletin yabancı yatırıma bağımlı hale gelmesine sebep olmaktadır.

(4) Ekonomik Krizler

Doğrudan yabancı yatırımlara ev sahipliği yapan devletlerin hemen hepsinde ekonomik krizlerin görülmesi tesadüfi olmayıp krizlerin çeşitli sebepleri vardır. Öncelikle, yabancı yatırımlarla beraber ev sahibi devlete döviz birikimi olmaktadır. Döviz birikimi beraberinde tüketim ile yatırım harcamalarını arttırırken ulusal tasarruflar azalmaktadır. Tamamen yabancı yatırıma bağımlı hale gelen ev sahibi devlete yabancı yatırımın azalması veya durması halinde, ev sahibi devlette ciddi oranda cari açık oluşmakta ve ev sahibi devlet ekonomik krizle karşı karşıya kalmaktadır.²⁸

2. Portföy Yatırımları

a. Portföy Yatırımların Tanımı

Yabancı yatırımcının ev sahibi devletin sermaye piyasası araçlarına faiz beklentisiyle yaptığı yatırım türüdür. Portföy yatırım, ev sahibi devletin sermaye piyasasındaki hisse senedi ve tahvillerin yabancılar tarafından alınıp satılmasını ifade etmektedir. Portföy yatırımları; yabancı yatırımcıya uluslararası politik risk, ev sahibi devletten bilgi edinebilme ve kambiyo kuru riski şeklinde ek riskler yüklemesine karşın, kısa dönemli olması yatırımcının yararına olup istediği zaman

²⁶ Kula, A.e.

²⁷ Çetin, A.e., s.13-14.

²⁸ Kula, A.e.,

ev sahibi devletten yatırımlarını çekme imkânı sağlar. Yabancı yatırımcının bu tür yatırımı yaparken ev sahibi devletten beklentisi; ev sahibi devlette ekonomik büyümenin olması, döviz kurlarında istikrar ve faiz oranlarının yüksek olmasıdır.²⁹

Portföy yatırımları üç tür olabilir. Birincisi yerli yatırımcının uluslararası sermaye piyasasına tahvil ihraç ederek döviz elde etmesi şeklinde olup spekülâtif nitelikli değildir. İkincisi yabancı yatırımcının ev sahibi devletin sermaye piyasalarında menkul kıymet alıp satması şeklinde olup spekülâtif nitelikte ve yüksek kâr elde etmeyi hedeflemektedir. Üçüncüsü ise yerli yatırımcının uluslararası yurtdışı piyasalarda menkul kıymet alım satımı şeklinde olup spekülâtif niteliği azdır.³⁰ Portföy yatırımları kısa vadeli olduğundan ev sahibi devletin ulusal parasının değerinin düşmesine neden olabilmekte, dolayısıyla kur yapısının değiştirmekte ve ödemeler dengesini bozabilmektedir. Ev sahibi devletin ekonomisinde bozulmaya sebep olan portföy yatırımlar, ev sahibi devletin ekonomik dengesi bozulduğu gibi ülkeyi terk etme eğilimi göstermektedir.³¹

b. Uluslararası Portföy Yatırımlarında Risk

Portföy yatırımlarında üç tür risk söz konusudur. Birincisi global risk olup dünya piyasalarının tamamını etkileyen global ölçekli olayların bütünüdür. İkincisi ülke riski olup ev sahibi devletin politik, hukuki ve ekonomik koşulları nedeniyle oluşan riski ifade etmektedir. Üçüncüsü ise mikro ekonomik risk olup ev sahibi devlette yapılacak yatırımın türüne karar verilirken karşılaşılan risktir.³²

Doğrudan yatırımlarda ev sahibi devlet muhatabını biliyorken portföy yatırımlarda böyle bir imkân olmadığı için yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında somut bir ilişki doğmamaktadır. Somut ilişkinin olmaması, yatırımcının maruz kaldığı riski artırmaktadır. Portföy yatırımı yapan yatırımcı, ev sahibi devletin piyasasında zarara uğraması halinde zararının tazminini talep edemez. Ayrıca portföy yatırımları uluslararası teamül hukuku tarafından korunmamaktadır.³³

²⁹ Çetin, A.e., s.15.

³⁰ Keskin, A.e., s. 29-30.

³¹ Mehmet Mucuk, Mehmet Demirsel, "Türkiye'de Doğrudan Yabancı Yatırımlar Ve Ekonomik Performans", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 21, 2009, s. 365-373, (Çevrimiçi) <http://dergisosyalbil.selcuk.edu.tr/susbed/article/view/331>, 07.05.2019.

³² Çetin, A.e., s. 18-19.

³³ Sornarajah, A.e., s. 8-9.

3. Portföy Yatırımları İle Doğrudan Yabancı Yatırımların Farkları

İki yatırım türü; yönetim ve kontrol, transfer edilen sermayenin niteliği, süre, yatırımcının hukuki kişiliği, kâr transferi ve hukuki koruma bakımından farklılık göstermektedir.

a. Yönetim ve Kontrol

Doğrudan yabancı yatırım, yabancı yatırımcı işletmenin kontrolünü elinde bulundururken portföy yatırımı yapan bir yabancı yatırımcının böyle bir imkânı yoktur. Bu sebeple; doğrudan yatırım yapan yabancı yatırımcı karar alma, üretim süreci ve yönetimde de etkin olmasına karşın portföy yatırımı yapan yabancı yatırımcının üretim ve denetim sürecinde herhangi bir rolü yoktur.³⁴

b. Transfer Edilen Sermayenin Niteliği

Doğrudan yabancı yatırım; sermayenin yanı sıra teknolojinin, işletme bilgisinin ve nitelikli işgücünün de ev sahibi devlete transferini sağlar. Portföy yatırımı yapan yatırımcı, ev sahibi devlete sadece sermaye transferi yapmaktadır.³⁵

c. Süre

Doğrudan yabancı yatırımlar uzun süreli yatırımlar olup ev sahibi devleti aniden terk etmesi mümkün değildir. Portföy yatırımları, kısa dönemli yatırımlar olup ev sahibi devletin taşıdığı risklere karşı çok daha kırılgan olup aniden ev sahibi devleti terk edebilir.³⁶

d. Yatırımcının Hukuki Kişiliği

Yatırım türlerine göre yatırımcının hukuki kişiliği de fark göstermektedir. Doğrudan yatırımlar, genellikle çok uluslu şirketler vasıtasıyla yapılırken portföy yatırımları, gerçek veya tüzel kişi yabancı yatırımcılar tarafından yapılabilir.

³⁴ Sevcan Güneş, "Uluslararası Sermaye Hareketlerini Etkileyen Faktörler: Türkiye Örneği", **Sosyoekonomi**, C.5, S.5, 2007, s. 16.

³⁵ Çetin, A.e., s.20.

³⁶ Mucuk, A.e.

e. Kâr Transferi

İki yatırım türü arasında yatırımın ana para ve gelirlerinin geri ödenmesi bakımından farklılık vardır. Doğrudan yabancı yatırımlarda, yavru şirketin elde ettiği kazanç durumuna ve ev sahibi devletin transfer ile ilgili kısıtlamasına bağlı olarak kâr transferi mümkündür. Portföy yatırımlarda ise ekonomik şartlara bağlı olmaksızın döviz cinsinden sabit bir borç mevcuttur.³⁷

f. Hukuki Koruma

Portföy yatırımlarında yabancı yatırımcı ticari riski üstlenmek zorunda ve uluslararası teamülün korunmasından faydalanamamaktadır. Doğrudan yatırımlarda yabancı yatırımcı uluslararası teamülün korumasından faydalanmaktadır.³⁸

4. Diğer Yatırımlar

Diğer yatırımlar, uzun vadeli sermaye hareketleri ve kısa vadeli sermaye hareketleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Uzun vadeli sermaye hareketleri, uluslararası finans kuruluşları veya kaynak devletin ev sahibi devletin kamu kurum kuruluşlarına veya özel sektörüne temin ettiği kredileri ifade ederken vadesi en fazla bir yıl olan ve faizlerden veya kurdan yararlanma amacıyla yapılan sermaye hareketlerine kısa vadeli sermaye hareketleri denilmektedir. Kısa vadeli sermaye hareketleri kamu açıklarını finanse etmektedir.³⁹ Öte yandan IMF istatistiklerine göre, portföy yatırımları ile diğer yatırımlar beraber finansal yatırımlar olarak da tanımlanmaktadır. Zira bu tip yatırımlar; hisse senedi, tahvil, bankacılık sektörü ve benzeri finansal araçlar vasıtasıyla yapılmaktadır.⁴⁰

Yabancı kredi kurumları tarafından verilen kredilerin uzun vadeli olması bu kredinin yatırım olarak kabul edilmesi için gereklidir. Ayrıca bir işletmenin faaliyetinde yabancı bir kredi kurumundan kredi kullanması da yabancı yatırım olarak kabul edilebilmektedir.

Günümüzde fikri mülkiyet hakları da yabancı yatırım olarak kabul edilmektedir. Kaynak devletlerin yatırım olarak transfer ettikleri teknolojinin, taklit

³⁷ Güneş, A.y.

³⁸ Lale Ayhan İzmirli, "Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırım Kavramı", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.2, 2018, s. 89-131, (Çevrimiçi), https://atif.sobiad.com/index.jsp?modul=makale-goruntule&id=AW0oinMzyZgeuufSR_U, 11.05.2019.

³⁹ Çetin, A.e., s. 21

⁴⁰ Kula, A.e.

edilmesini önlemek ve ekonomik anlamda zarar görmemek için bu hakları da yatırım kapsamına alıp uluslararası hukuk açısından korunmasını sağladıkları görülmektedir.⁴¹



⁴¹ Yılmaz, **A.e.**, s. 22-23.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI YATIRIMLARIN HUKUKİ GÖRÜNÜMÜ:

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU

Geleneksel olarak uluslararası yatırımların ve yabancı yatırımcıların korunmasını sağlayan kurallar, uluslararası yatırım hukukunu oluşturmaktadır. Uluslararası yatırım hukuku, temel olarak mülkiyet hakkının korunması amacıyla geliştirilmiş kurallar olsa da çevre, sağlık ve insan haklarının korunmasını da kapsayan kurallara evrilmiştir.

Uluslararası yatırım hukuku, uluslararası ekonomi hukukunun bir alt dalıdır. Uluslararası ekonomi hukuku, devletlerin ekonomik ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Uluslararası yatırım hukuku tarihsel gelişimi itibarıyla; ticaret hukukunun içinde gelişmiş, ancak özellikle “yabancı” ve “yatırım” kavramlarının yaşadığı değişim ile ayrı bir hukuk dalı haline gelmiştir.

I. YATIRIM ALANINDAKİ AKTÖRLER

Yatırım alanındaki aktörler, sermaye hareketlerinin nasıl şekilleneceğini belirlemektedir. Doktrinde; özel yatırımcılar, ev sahibi devlet, kaynak devlet, uluslararası örgütler, sivil toplum örgütleri ve devlet şirketleri yatırım alanındaki aktörler olarak kabul görmektedir. Kanaatimce doktrinde kabul edilen aktörlerin yanı sıra yatırım alanına etki eden ancak doktrin tarafından aktör sayılmayan kurumlar mevcuttur. Bunlar; ulusal varlık fonları, yatırım promosyon ajansları ve dava finansman şirketleridir. Bu sebeple aktörleri, doktrinde kabul edilen aktörler ve fiili durum ile oluşan aktörler olmak üzere ikiye ayırdım.

A. DOKTRİNDE KABUL EDİLEN AKTÖRLER

1. Özel Yatırımcılar

Özel yatırımcılar; yatırım yaptığı devletin uyruğunda olmayan, özel hukuka tabi gerçek veya tüzel kişilerden yani şirketlerden ve iş ortaklıklarından oluşmaktadır.⁴² Özellikle tek merkezden yönetilip pek çok ülkede kurulan bağlı şirketlerden oluşan çok uluslu şirketler, özel yatırımcı olarak kabul edilen en önemli aktörlerdendir. Çok uluslu şirket, merkezinin ve yönetiminin birden fazla devletin

⁴² Saraç, A.e.

uyruğunda bulunan kişilerce yönetilen şirketleri ifade etmektedir.⁴³ Özel yatırımcıların devlet organları veya uluslararası örgütlerle beraber gerçekleştirdiği yatırımlar ise karma girişimcilik olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴

Çok uluslu şirketlerin adeta bir devlet ekonomisi hacminde olması, uluslararası ekonomik alanda önemli bir aktör hale gelmelerine sebep olmuş, dolayısıyla politik ve hukuki ilişkilerde taraf olmaları kaçınılmaz olmuştur.⁴⁵

Çok uluslu şirketlere yöneltilen eleştiriler, Bağımlılık Teorisi ile açıklanmaktadır. Çok uluslu şirketler bir devletten daha fazla kaynağa sahip olabilmek ve çok daha büyük çaplı yatırım yapma imkânına sahiptir. Bu sebeple devlet kadar güçlü bir aktör olarak kabul edilmelidir. Özellikle tahkim sistemin gelişiminde büyük etkileri vardır. Zira devletlerle yaptıkları sözleşmeler, uluslararası anlaşma niteliğinde sayılarak uluslararası hukuk korumasından faydalanmaya başlamışlardır. Ayrıca ikili anlaşmalara da baskı uygulamaktadırlar.⁴⁶

2. Ev Sahibi Devlet

Yatırımın ülkesinde yapılmasını kabul eden ve yabancı yatırımcıyla anlaşma imzalayan devletlere ev sahibi devlet denilmektedir.

3. Kaynak Devlet

Ev sahibi devletlere yatırım yapılmasını teşvik eden ve yabancı yatırımcının uyruğunda bulunduğu kaynak devletler, yabancı yatırımcıları denetleyerek yatırım ile gelir elde etmeyi veya hammaddenin ülkesine getirilmesini sağlamaktadır.

4. Uluslararası Örgütler

Uluslararası kurum ve organizasyonlardan oluşan uluslararası örgütler, gerek uluslararası normların oluşmasındaki etkileri gerekse yatırımlar için sağladıkları bütçelerle yatırım hukuku alanında önemli rol oynamaktadır.⁴⁷ Bu örgütler, doğrudan yatırım yapmasalar da oluşturdıkları kurallarla yatırım hukuku

⁴³ Dikran M. Zenginkuzucu, **Devlet Ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, s. 22.

⁴⁴ Şaban Kayıhan, Etem Kara, **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 115-116.

⁴⁵ Zenginkuzucu, **A.e.**, s. 23.

⁴⁶ Sornarajah, **A.e.**, s. 61-63.

⁴⁷ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 116-117.

alanını şekillendirmektedir. Özellikle DB ve IMF kural üreten ve denetleyen örgütlerdendir.

5. Sivil Toplum Örgütleri

M.Sornarajah, 1998 tarihli Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'na (MIA) karşı çıkmaları ve bu konuda etkili olmaları ile bu süreçten itibaren bir aktör olarak kabul edilmeleri gerektiğini savunmaktadır. Özellikle çokuluslu şirketler, yaptıkları yatırımlarla çevre ve insan haklarını ihlâl edebilmektedir. Esasında sivil toplum örgütlerinin, yatırım hukukunda ve tahkimine bu hakların da dahil edilmesinde etkileri vardır.⁴⁸

6. Yatırımcı Olarak Devlet: Devlet Şirketleri

Vatandaşlarına mal ve hizmet sağlamayı amaçlayan bazı devletler, şirket kurabildiği gibi bu şirketler vasıtasıyla başka ülkelerde de yatırım yapabilmektedir.⁴⁹

Özellikle sosyalist devletlerin uluslararası ticaret yapmak için kurdukları devlet şirketleri, özelleştirmelerin sakıncaları nedeniyle ve ev sahibi devlete kâr kalması için pek çok gelişmekte olan devlet tarafından kurulmaya başlanmıştır. Bu şirketlerin amacı, kamu yararını gözetmektir. Ayrıca yatırım kanunları sadece özel yatırımcıların gelmesine müsaade etmemekte, onun yerine devlet şirketleri ile ortak girişim yoluyla yatırım yapılmaktadır. Özellikle doğal kaynaklarla ilgili sektörlerde, yabancı yatırımcı ile devlet şirketleri birlikte çalışmaktadır.⁵⁰

B. FİİLİ DURUM İLE OLUŞAN AKTÖRLER

Az yukarıda bahsedilen altı aktör tartışmalı değildir. Ancak kanaatimce gelişen koşullar neticesinde başka aktörlerin de yatırım alanında faaliyet gösterdiği kabul edilmelidir. Doktrin tarafından aktör olarak kabul edilmeseler de her geçen gün etkileri artan yatırım promosyon ajansları, dava finansman şirketleri ve ulusal varlık fonları fiili durum neticesinde aktör haline gelmektedir.

Kanaatimce, doktrinde aktör sayılan devlet şirketleri ve fiili duruma göre aktör kabul edilmesi gereken ulusal varlık fonları devletlerin yatırımcı olarak

⁴⁸ Sornarajah, A.e., s. 65-68.

⁴⁹ Kayıhan v.d., A.y.

⁵⁰ Sornarajah, A.e., s. 63-65.

görünümünden ibarettir. Zira tezimin ilk sayfasında ekonomi doktrinine göre yapılan yatırım tanımında devletlerin yatırım yaptığından bahsedilmiştir.

Buna göre; özel yatırımcıların yanı sıra devletler de yatırımcı olarak hareket etmekte ve yatırım tahkiminde davacı olarak yer alabilmekte ve özel yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki uyuşmazlığı çözmek için kurulmuş yatırım tahkimi sistemini dönüştürmektedir.⁵¹

1. Yatırım Promosyon Ajansları

Yabancı yatırımları çekmek amacıyla kurulan bu ajanslar, uluslararası örgütler ve devletlerle işbirliği içinde çalışmaktadır. Ajanslar yatırımcılara; hangi alanda, hangi şartlarla yatırım yapılacağı hususunda ve yatırım prosedürlerinde yardım sağlamaktadır. Ajanslar, ev sahibi devletin uluslararası yatırım kamuoyu nezdinde tanınırlığını sağlayarak yabancı yatırımcıların gelmesini sağlar. Ajanslar; kamusal, yarı kamusal veya özel kuruluş niteliğinde olabilir.⁵²

Özellikle çokuluslu şirketlerin ev sahibi devlet hakkında bilgi sahibi olması bu ajanslar sayesinde olmaktadır. Riski azaltan ajanslar, bir şirketin yatırım yapmasının akabinde diğer şirketlerin de güven duyarak aynı devlete yatırım yapmalarını sağladıkları için yatırım alanında aktör olarak kabul edilmelidir.⁵³

2. Dava Finansman Şirketleri

Yatırım tahkimine, özellikle Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) tahkimine başvurmak oldukça pahalıdır. Bu durum, tarafların haklarını aramasına engel olabilecek niteliktedir. Tahkim yargılamasının taraflarından her biri, tahkime başvuru aşamasında veya yargılama sırasında davalarını finanse etmek üzere sadece bu amaca hizmet eden finansman şirketlerle

⁵¹ Julien Chaisse, Dini Sejko "Investor-State Arbitration Distorted: When the Claimant Is a State", **Judging the State in International Trade and Investment Law Sovereignty Modern, the Law and the Economics (International Law and the Global South)**, Ed. by : Leïla Choukroune, Singapore, Springer, 2016, pp. 77- 103, (Çevrimiçi) https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-981-10-2360-6_5, 20.05.2019

⁵² Şevket Tüylüoğlu, Levent Necmi Aktürk, "Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Çekme Çabalarının Kurumsallaşması : Yatırım Promosyon Ajansları", **Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 1, 2019, s.137 – 147 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yonveek/issue/13696/165763>, 08.05.2019.

⁵³ Devrim Dumludağ, "Doğrudan Yabancı Yatırım Hareketlerinde Yatırım Promosyon Ajanslarının Rolü - Türkiye Örneği", **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C.21, S. 1, 2006, s. 219 – 238, (Çevrimiçi) <http://www.dergipark.org.tr/tr/pub/muiibd/issue/489/4251>, 08.05.2019.

bir sözleşme imzalayıp yargılama masraflarını bu şirketlerin üstlenmesini sağlayarak hakkını arama yoluna gitmektedir. Finansman şirketler ise tarafın haklılığından emin olarak davadan kazanılacak tazminatın belirli bir miktarını almak üzere sözleşme yapmaktadır.⁵⁴ Kanaatimce, finansman şirketlerinin uyuşmazlık ile doğrudan bir bağlantısı olmamasına karşın tarafların yanında yargılamaya dahil olması, uzmanlıklarıyla hem maddi hem de hukuki destek sağlamaları yatırım alanında bir aktör olarak kabul edilmelerini gerektirmektedir.

Dava tarafının finanse edilmesine üçüncü kişi finansmanı denilmektedir ve iki şekilde yapılabilir. Bunlardan ilki hukuk firması finansmanı olup dava taraflarından birinin savunmasını üstlenen hukuk firmasına maddi destek sağlanmaktadır. İkinci yöntem ise portföy finansmanı olup doğrudan davanın tarafının finanse edilmesidir. Ayrıca davanın tamamında değil, belirli kısımları için finansman sağlandığı da görülmektedir.

Şirketlerle ilgili tartışılan konulardan biri tahkim neticesinde kazanılacak tazminatın şirkete ödenmesi halinde ICSID'in temel amacı olan ekonomik kalkınmanın sağlanmasının sekteye uğramasıdır.⁵⁵

3. Ulusal Varlık Fonları

Döviz rezervleri olan ve bütçe fazlası veren bazı devletler, kurdukları ulusal varlık fonları ile başka devletlerde özellikle enerji veya finans sektörlerine yatırım yapmaktadır. Bu sebeple ulusal varlık fonlarının yatırım hukuku alanında yeni bir aktör olarak kabulü gerekmektedir. Özellikle azınlık hissedarlığı olarak yatırım yapan bu kurumlar yatırım anlaşmaları ile de korunmakta olup uyuşmazlık halinde tahkime gitmelerini engelleyecek bir hüküm mevcut değildir.⁵⁶

Ulusal varlık fonlarının kurulması, devletlerin ekonomik gelişmişlik seviyelerinin değişmesiyle ilgilidir. Zira, eskiden gelişmekte olan devlet olarak kabul

⁵⁴ Yusuf Çalışkan, "Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Cevdet Yavuz'a Armağan**, C.22, S.3, 2016, s. 645 – 658, (Çevrimiçi), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333874>, 11.05.2019.

⁵⁵ Stavros Brekoulakis, Catherine A. Rogers. "Third-Party Funding In Investment Arbitration", **Handbook of International Investment Law and Policy**, Ed. by Julien Chaisse, Sufian Jusoh, Leïla Choukroune, Singapore, Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2019, (Çevrimiçi) https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-981-13-5744-2_75-1, 26.09.2020.

⁵⁶ Markus Burgstaller, "Sovereign Wealth Funds and International Investment Law", **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. by: Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, s. 165-166.

edilen Çin, Dubai ve Singapur gibi ülkeler kurdukları fonlarla yeni aktörler olarak küresel piyasada yatırım yapmaktadır. Ancak gelişmiş ülkelerin ise ulusal güvenlik iddiası ile bu yeni yatırımcıların bazı sektörlerde yatırım yapmalarına izin vermediği görülmektedir.⁵⁷

II. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Uluslararası yatırım hukuku, uluslararası ekonomi hukukunun bir alt dalı olduğundan uluslararası hukukun bir parçasıdır. Bu sebeple yatırım hukukunun kaynakları, uluslararası hukukun kaynaklarıdır.

Milletler Cemiyeti'nin Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde tespit edilen ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde aynen kabul edilen uluslararası hukukun kaynakları; asıl ve yardımcı olmak üzere ikiye ayrılır. Asıl kaynaklar; anlaşmalar, teamül ve hukukun ilkeleri olup yardımcı kaynaklar; mahkeme kararları ve doktrindir.⁵⁸

Asıl kaynaklar ile yardımcı kaynaklar arasındaki esas fark; yardımcı kaynakların hukuk normu oluşturma kabiliyetinin olmaması ve bir uyuşmazlığa doğrudan uygulanamamasıdır. Yani sadece yardımcı kaynaklarla bir uyuşmazlığın çözülmesi mümkün değildir.⁵⁹

Uluslararası uyuşmazlıkları çözmek için tespit edilmiş asıl ve yardımcı kaynaklara, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün (UAD) 38. maddesi uyarınca hak ve nısfetin de ilave edilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığı çözecek heyetin adalet ilkelerine göre çözmesini ifade eden bu kaynak, taraf iradesi ile bir uyuşmazlığa uygulanabilir.⁶⁰

⁵⁷ Sornarajah, **A.e.**, s. 68-69.

⁵⁸ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 11. bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 36-37.

⁵⁹ Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 13. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s. 94.

⁶⁰ **A.e.**, s. 19-20.

* Hak ve nısfet konusunda daha fazla bilgi için bakınız: Zeynep Özgenç, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin Veya Hakem Kurulunun Ex Aequo Et Bono Karar Verme Yetkisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.34, S.1, 2014, s. 31-72, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/411409#:~:text=%E2%80%9CEx%20aequo%20et%20bono%E2%80%9D%20kavram%C4%B1,nesafet%20kurallar%C4%B1%E2%80%9D%20olarak%20ifade%20edilmektedir,26.11.2020>.

Yatırım hukukunda özellikli bir durum; uyuşmazlığın çözümü için tarafların ev sahibi devletin ulusal hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilmesi ve bu durumda ulusal hukukun da kaynak teşkil edebilmesidir.⁶¹

Yatırım anlaşmaları, yatırım hukukunun temel kaynağını oluştursa da anlaşmalarda boşluk bulunması halinde, uluslararası hukukun ilkeleri ve teamüller uygulanmakta, hakem kararlarında da sıklıkla görüleceği üzere yardımcı kaynak kabul edilen önceki kararlara ve doktrine sıklıkla atıf yapılmakta ve anlaşmalar haricindeki bu kaynakların sürekli olarak kullanılması hakem kararlarında benzerlik sağlamaktadır.⁶² Uluslararası hukukun diğer alanlarında UAD 38. madde ile tespit edilen kaynaklar esastan kullanılmasına rağmen, uluslararası yatırım hukukunda yatırım anlaşmalarının içeriğinin tespit edilmesini sağlamaktır.⁶³

Yatırım hukukunda, yatırım anlaşmaların yanı sıra yatırım sözleşmeleri de mevcuttur. Yatırım anlaşmaları devletler arasında, yatırım sözleşmeleri ise devlet ve yatırımcı gerçek veya tüzel kişi arasında akdedilmektedir. Yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da uluslararası hukuka göre çözümlendiği için bu sözleşmelerin yatırım anlaşmaları ile aynı nitelikte yani asıl kaynak olarak kabulü gerekmektedir.

Netice itibariyle; yatırım hukukunda kaynaklar farklı nitelendirilmekte, yardımcı kaynaklara asıl kaynak gibi muamele edilmekte ve kaynak sayılmayan esnek hukuk kuralları yardımcı kaynak olarak kullanılmaktadır. Tüm bu bilgiler doğrultusunda kaynaklara ilişkin tasnifim, geleneksel uluslararası hukuk tasnifine bağlı kalınarak ancak asıl kaynak olarak yatırım sözleşmesi ve yardımcı kaynak olarak esnek hukuk kuralları da kabul ve dahil edilerek yapılacaktır.

A. ASIL KAYNAKLAR

1. Yatırım Anlaşmaları

Ev sahibi devlete yatırım yapılmasını ve kaynak devletin uyuşunda bulunan yabancı yatırımcının korunmasını düzenleyen ve taraflardan birinin yatırımcı

⁶¹ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 91.

⁶² Moshe Hirsch, "Sources of International Investment Law", **International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty**, 2011, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1892564, 20.05.2019.

⁶³ Stephan W. Schill, "Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law", **The Oxford Handbook on the Sources of International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2017, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2932159, 05.05.2020.

diğerinin ise yatırımı kabul eden olarak tanımlandığı, iki devlet arasında yapılan uluslararası nitelikli anlaşmalara yatırım anlaşması denilmektedir. Uluslararası yatırım hukukunun esas kaynağı, yatırım anlaşmaları olarak kabul edilmektedir.

Yatırım anlaşmalarının amacı; ev sahibi devletin kalkınmasını ve kaynak devletin yatırımlarının ve uyuşundaki yatırımcının korunmasını sağlamaktadır. Yatırım anlaşmaları, devletlerin sorumluluk alanlarının tespitini sağlarken hakem heyetlerinin de yargılama yetkisinin sınırlarını belirlemektedir.⁶⁴

a. Yatırım Anlaşmalarının Türleri

Yatırım anlaşmaları; iki taraflı, çok taraflı veya sektörel ve bölgesel olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

(1) İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları

İki devlet arasında imzalanan bu anlaşmalar ile anlaşmanın tarafı olan bir devletin yatırımcıları ile anlaşmanın diğer tarafı olan devlette yapılan yatırımlar güvence altına alınıp olası uyuşmazlıklarda çözüm yolları hüküm altına alınmaktadır. Bu anlaşmalar, iki tarafa borç yükleyen bir anlaşma biçimi olarak kabul edilmektedir.⁶⁵ Ayrıca yatırımların korunması ve teşviki anlaşmaları olarak da adlandırılan bu anlaşmalarda, yatırım yapılan devlet ev sahibi devlet ve yatırımcının uyuşunda bulunduğu devlet olan kaynak devlet anlaşmanın taraflarını oluşturmaktadır. Bu anlaşmalarda belirlenen kurallar emredici nitelikte olup ihlalleri, ihlal eden tarafın uluslararası sorumluluğunu doğurur.⁶⁶ Yatırım hukukunda, taraflar arasında başka hususta yapılmış bir anlaşma olsa dahi, tarafların yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerinden kurtulması mümkün olmamakta ve taraflar arasındaki ilişkiyi tesis eden hukuk yatırım ile ilgili olduğu zaman her zaman önceliği bulunmaktadır.⁶⁷

İkili yatırım anlaşmalarının temel özelliği; yatırımı tanımlaması, nasıl kabul edileceğini ve uygulanacağını belirlemesi ve olası uyuşmazlıklar için çözüm sunmasıdır. Ayrıca bu anlaşmalarla ev sahibi devlete yatırımın giriş şartları da tespit edilmektedir. Yatırımın kabulünde, yatırımın ev sahibi devletin ulusal mevzuatına

⁶⁴ Yılmaz, A.e., s. 7.

⁶⁵ Kayıhan v.d., A.e., s. 92.

⁶⁶ Bayram Keskin, **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 191,196.

⁶⁷ Hirsch, A.e.

uygun olarak yapılması ve anlaşmanın bu yatırıma uygulanması temel şarttır.⁶⁸ Buna göre; yatırımcıya ulusal çıkarlara aykırı davranmama veya ev sahibi devletin kalkınma planına uygun olma gibi ek yükümlülükler getirilmektedir. Ayrıca kâr ve ana sermayenin transferinin serbestliği de ev sahibi devletçe garanti edilmektedir.⁶⁹

İki taraflı yatırım anlaşmaları, her bir yatırım ilişkisi için ayrı ayrı akdedilmesine ve sadece tarafları bağlayıcı nitelikte olmalarına karşın birbirine benzer hale gelmiştir. Bu anlaşmalar; tarafları, yatırımı, yatırımın devlete nasıl gireceğini, yatırımcıyı koruyan ilkeleri ve mülkiyet hakkının ihlali halinde tazminatın nasıl hesaplanacağını hüküm altına alan maktu ve birbirine benzer hükümler ihtiva etmeleri nedeniyle benzer metinler haline gelmiştir. Benzerlikleri; yatırımların tabi olacağı muameleyi ve olası uyuşmazlıkların çözüm yollarını belirlemelerinden ileri gelmektedir.⁷⁰

İki taraflı yatırım anlaşmaları sayesinde, anlaşmanın tarafı olan ve kaynak devletin uyuşunda bulunan gerçek kişiler uluslararası hukukta aktör haline gelmiştir. Özellikle yatırım konusunda yaşanan uyuşmazlıkların çözümünde, gerçek kişiler uyuşmazlığın tarafı sıfatıyla müdahil olabilmektedir.⁷¹ Bu konu ilerleyen kısımlarda detaylı şekilde işlenecektir.

İki taraflı yatırım anlaşmalarının hem yabancı yatırımcı hem de ev sahibi devlet bakımından tercih edilme sebepleri vardır. Yabancı yatırımcının ev sahibi devlete gelmesi için ulusal mevzuattaki hatta uluslararası anlaşmalardaki hükümler yeterli olmamaktadır. Bu sebeple ev sahibi devletler, yabancı yatırımcının riskini azaltmak için ikili yatırım anlaşması yapmaktadır. Günümüzde bu anlaşmalar adeta yabancı yatırım yapılması için birer ön koşul haline gelmiştir.⁷² Yabancı yatırımlara tam koruma sağlayan, tüm uluslararası yatırım hukuku aktörlerinin dahil ve tabi

⁶⁸ Roberto Echandi, "Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Regional Trade Agreements: Recent Developments in Investment Rulemaking", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s.6.

⁶⁹ Dost, **A.e.**, s. 124-126.

⁷⁰ Halil Emre Gürler, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Milli Muamele İlkesi, En Çok Gözetilen Ulus Kaydı ve Ayrımcılık Yapmama İlkeleri Arasındaki İlişki", (Çevrimiçi) https://www.academia.edu/download/59454940/Uluslararası_Yatırım_Hukuku_Makale20190530-118817-01np2h.pdf, 08.12.2019.

⁷¹ Tarcisio Gazzini, "Bilateral Investment Treaties", **International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations**, Ed. by Tarcisio Gazzini, Eric De Brabandere, Brill - Nijhoff, 2012, pp.99-132, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030872, 27.09.2020

⁷² Keskin, **A.e.**, s. 191.

olduğu bir uluslararası anlaşmanın olmaması iki taraflı yatırım anlaşmalarının bir diplomasi aracı olarak görülmesine de sebep olmaktadır.⁷³

İki taraflı yatırım anlaşmaları olmaksızın yabancı yatırımcının bir devlete girmesi oldukça zordur ve bu sebeple yatırımcı tarafından da tercih edilmektedir. Bu sebeple iki taraflı yatırım anlaşmalarının; yabancı yatırımları korumak, yabancı yatırımları geliştirmek ve yabancı yatırımları serbestleştirmek olmak üzere üç temel amacı vardır. Bu anlaşmalar sayesinde taraflar arasındaki ilişkiye kurallar getirilir, yabancı yatırımcı açısından risk ve belirsizlik azaltılır.⁷⁴

İki taraflı yatırım anlaşmalarının taşıdıkları özellikler nedeniyle ev sahibi devlet tarafından tercih edilmektedir. Buna göre; belirli süre için akdedilmeleri nedeniyle sürenin sonunda kendiliğinden fesih olmaları, sadece taraf devletler açısından bağlayıcı olmaları, ev sahibi devletin ekonomik anlamda gelişebilmesi için yabancı yatırımcıya ihtiyaç duyması ve uluslararası hukukta kabul gören bir metin imzalayan ev sahibi devletlerin uluslararası örgütlerde daha aktif hale gelmeleridir.⁷⁵

İki taraflı yatırım anlaşmalarının bu kadar çok tercih edilmesinin sebebi üç özelliğinden ileri gelmektedir. Bunlardan ilki esnek olması ve tarafların farklılığına göre devletlerin hareket etme imkânının olmasıdır. Yani kaynak veya ev sahibi devlet, anlaşma yapılmak istenen devletin ekonomik, siyasi vb. koşullarına göre birbirinden farklı anlaşmalar yapabilmektedir. İkinci özellik, değişen koşullara göre anlaşmalar yeniden şekillendirilebilmektedir. Üçüncüsü, muğlak ifadelerin bulunması halinde kolaylıkla anlaşmanın yeniden düzenlenebilmesidir.⁷⁶

İki taraflı yatırım anlaşmalarının sayıları günümüzde 1000'lerle ifade edilmektedir. Bu sebeple tarafların birden fazla ikili yatırım anlaşması yapmış olması muhtemeldir ve bu anlaşmalar arasında çelişki söz konusu olabilir. Böyle bir durumda daha özel bir düzenleme yapan anlaşmanın genel nitelikli olandan öncelikli olduğu kesindir. Çelişki bulunması halinde 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 30/2. ve 30/3. maddelerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Buna göre; yeni anlaşma eski anlaşma ile bağdaşmadığını belirtmediği sürece eski anlaşma hükümleri geçerli olacaktır. Eğer yeni anlaşmada böyle bir hüküm yoksa eski anlaşma yenisi ile uyumlu olduğu ölçüde geçerli kabul

⁷³ Ormanoğlu, A.e., s. 51.

⁷⁴ Dost, A.e., s. 120-121.

⁷⁵ Çalışkan, "Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili Ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı", s. 86-87.

⁷⁶ Gazzini, A.e.

edilecektir. Hiyerarşik bir düzenleme öngörmeyen 30/3. madde ise çelişki bulunması halinde uyumlu bir yorumlama yöntemiyle diğer anlaşmayı ve teamül hukukunu birlikte yorumlama yoluna gitmektedir. Neticede anlaşmada çelişkili bir durumun bulunması durumunda takip edilecek üç ilke mevcuttur. Öncelikle özel nitelikli bir kural, genelden üstündür. İkinci olarak sonraki kural, öncekinin yerine gelmiştir. Taraf iradesine saygı duyma ilkesi takip edilecek son ilkedir.⁷⁷

Yatırım anlaşmaları iki devlet arasında akdedildiğinden; devletlerin iradeleri ile değiştirilebilir, ek hükümler getirilebilir veya feshedilebilir. Bu durumda, yeni hükümlerin geriye dönük işlememesi kuraldır. Anlaşmalarda fesih maddesi uyarınca fesihler genellikle belirli bir süre sonra yürürlüğe girer ve o zamana kadar yapılmış yatırımların fesihten sonra da etki edeceği kabul edilmektedir.⁷⁸

İlk yatırım anlaşmalarından sonra gelişen yeni nesil anlaşmalarda daha detaylı hükümlere rastlanmaktadır. Buna göre; en çok gözetilen ulus kaydı ve adil ve hakkaniyetli muamele anlaşmalarının temel ilkeleri haline gelmiş, yatırımın tanımının detaylandırılması ve yatırım kabul edilmeyen alanların listelenmesi yaygınlaşmıştır. Yatırımın tanımına belirli özellikler getirilmiş ve kazanç sağlama, risk içermeye ve kalkınma şartları ilave edilmiştir. Kamu sağlığı, kamu güvenliği, işçi hakları, çevre sorunları gibi ulusal çıkar ve insan hakları çerçevesinde görülen konularda da anlaşmalara hükümler konulmaktadır. Ayrıca şeffaflıkla ilgili hüküm de konularak yatırım ile ilgili kararlar konusunda ev sahibi devletin de bilgilendirilmesi sağlanarak yatırımcılara çeşitli yükümlülükler getirilmektedir.⁷⁹

İki taraflı yatırım anlaşmaları, yarattığı eşitsiz ilişki ve rızaen akdedilmedikleri gerekçesiyle eleştirilmektedir. İki taraflı yatırım anlaşmaları, eşit ilişkiler neticesinde akdedilmediği için eleştirilmektedir. Buna göre; kaynak devlet tarafından hazırlanıp ev sahibi devletin imzasına sunulan bu anlaşmaların eşit bir ilişki neticesinde oluştuğu söylenemez. Dolayısıyla ev sahibi devleti korumaktan ziyade, yatırımcıyı koruyan hükümler mevcuttur. Bu hususta önemli bir diğer nokta, sermaye ihraç eden ve ekonomisi güçlü devletlerin, birbiriyle bu tür anlaşmalar yapmak yerine ticaret anlaşması yapmayı tercih ettiğidir.⁸⁰ Bu eleştiriden yola çıkılarak, ikili yatırım anlaşmalarının eşitsiz ilişkiler kurduğu ve bunu sürekli hale getirdiği ileri sürülebilir.

⁷⁷ Hirsch, **A.e.**

⁷⁸ Gazzini, **A.e.**

⁷⁹ Echandi, **A.e.**, s. 8-11.

İkili yatırım anlaşmalarına yöneltilen diğer bir eleştiri ise bu anlaşmaların aslında iki tarafa borç yükleyen nitelikte olmadığı, aksine tek taraflı ve dayatılan bir anlaşma biçimi olmalarıdır. Buna göre, yatırım anlaşmaları ticaret anlaşmaları gibi düşünülmemelidir. Ticari anlaşmaların tarafları; benzer amaçlı ve birbiriyle eşit konumda müzakere etme gücüne sahip olmalarına karşın, yatırım anlaşmalarında durum böyle değildir. Ev sahibi ve kaynak devletin anlaşma ile ulaşmak istedikleri amaç birbirine zıttır. Anlaşmanın temel mantığı ise ev sahibi devlete karşı yatırımcıyı koruma ve bu amaçla kaynak devlet tarafından düzenleyici kuralların belirlenmesidir. Bu durum, yatırım anlaşmalarında tek taraflılığa sebep olmakta ve tarafların müzakeresine izin vermemektedir. Özellikle ev sahibi devletlerin ekonomik gelişim için yatırıma bağımlı olması, müzakere gücünü kırmaktadır.⁸¹ İkili yatırım anlaşmalarının bu asimetrik yapısı, özellikle insan haklarını ihlal ettiği iddiasıyla eleştirilmektedir.⁸²

İki taraflı yatırım anlaşmaları ile doktrinde tartışılan diğer konular, benzer ve maktu metinler olmaları nedeniyle bu anlaşmaların çok taraflılığı sağlama kabiliyetine haiz olup olmadıkları ve teamül kuralı oluşturup oluşturmadıklarıdır. İkili yatırım anlaşmalarının birbirine benzer olması tesadüfi olmayıp sermaye ihraç eden ülkeler tarafından bilinçli olarak ev sahibi devlette karşılaşılabilecek siyasi riski azaltmak amacıyla hazırlanmaktadır. Yatırım anlaşmalarının benzer hale gelmesi, özellikle ihtiva ettikleri yatırımcıları koruyan ilkeler sayesinde yatırım anlaşmalarının iki taraflılıktan çok taraflı hale gelmesine sebep olmaktadır. Yatırım hukukunun çok taraflılığından tek bir sistem ve kurum tarafından ilişkilerin ve uyuşmazlıkların yönetileceği anlaşılmamalıdır. Diğer kaynaklarla beraber değerlendirildiğinde, tüm aktörleri kapsayan tek yatırım anlaşması olmasa da birbirine benzeyen ikili yatırım anlaşmaları, tüm aktörler tarafından kabul görmesi nedeniyle tek yatırım anlaşmasının yerini almıştır. İkili yatırım anlaşmaları, benzerlikleri sayesinde tek

⁸⁰ Jan Wouters, Sanderijn Duquet, Nicolas Hachez, "International Investment Law the Perpetual Search for Consensus", **Leuven Centre for Global Governance Studies and Institute for International Law**, Working Paper, No. 88, March 2012, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031552, 26.05.2020.

⁸¹ Philip De Man, Jan Wouters "Improving the Framework of Negotiations on International Investment Agreements", **Leuven Centre for Global Governance Studies and Institute for International Law**, Working Paper No. 84 - March 2012, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2274811, 26.09.2019.

⁸² Gazzini, A.e.

yatırım anlaşmasına ihtiyaç olmaksızın ilişkilerin yürütülmesini sağlamış ve tek hukuki metne olan ihtiyacı ortadan kaldırmıştır.⁸³

Doktrinde kimi yazarlarca, ikili yatırım anlaşmalarının maktu ve benzer metinler olmaları ve benzer kuralları ihtiva etmeleri sebebiyle bu kuralların teamül kuralları haline geldiği ileri sürülmüştür. Özellikle ikili yatırım anlaşmaları, gelişmekte olan ülkeler arasında yapılmaya başlandığından, tek taraflılıktan iki taraflılığa dönüşerek genel kabul gören kurallar oluşturması nedeniyle daha da tutarlı ve sık tekrarlanır hale gelmiştir.⁸⁴ Doktrinde bu fikre karşı çıkan yazarlar ise bu hükümlerin devletlerin ortak rızaları neticesinde oluştuğunun söylenemeyeceğini belirtmektedir. Buna göre; mutabakat görünümü, siyasi ve ekonomik kaygılardan ileri gelmektedir. Devletlerin davranışı; teamül oluşturma amacı değil, ekonomik ve siyasi kaygılar taşımaktadır. Ayrıca yatırım anlaşmaları kendi aralarında oldukça farklılık göstermektedir. Benzer noktalarına odaklanılsa da tazminat ve kimi konularda çok farklı düzenlemelerin mevcut olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca hakem heyetleri de aynı konuda farklı kararlar verebildiği için mutabakattan söz etmek zordur.⁸⁵ Sornarajah, teamül kurallarının oluştuğunun ileri sürülemeyeceğini zira anlaşmaların birbirinden oldukça farklı hükümler ihtiva ettiklerini ve genelleme yapılamayacağını ifade etmektedir. Yazara göre; teamül olarak kabul edilen kurallar; yatırımcının mülkiyet hakkının kısıtlanması halinde hesaplanması hususunda anlaşma olmasa da tazminat ödenmesi ve devletlerin doğal kaynakları üzerindeki egemenlik haklarıdır.⁸⁶

Bu noktada, 2000'lerden itibaren yapılan ikili yatırım anlaşmaları bakımından bir ayrıma gidilmektedir. Çevre meseleleri, insan hakları gibi konularda devletin ulusal politika yapma alanlarının yatırım anlaşmalarında yeniden düzenlendiği, muğlak ifadeler olan yatırımcıları koruyan ilkelerin somutlaştırıldığı, sermaye ithal eden devletler arasında da anlaşmalara gidildiği ileri sürülmektedir. Yeni iki taraflı yatırım anlaşmalarının taraflar arasındaki eşitsizliği azalttığı ileri sürülmekte ve bu anlaşmalar ile teamül kuralı oluşmasa da çok taraflılığın sağlandığı ileri sürülmektedir.⁸⁷

⁸³ Schill, **A.e.**

⁸⁴ Gazzini, **A.e.**

⁸⁵ Wouters v.d., **A.e.**

⁸⁶ Sornarajah, **A.e.**, s. 82.

⁸⁷ Wouters v.d., **A.e.**

(2) Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları

İkiden fazla devletin katılımıyla akdedilen uluslararası yatırım anlaşmalarına çok taraflı yatırım anlaşmaları denilmektedir. Bu anlaşmalar, uyuşmazlığın çözümü için tahkim prosedürünü barındırmakta ve uluslararası örgütler tarafından hazırlanmaktadır.

Uluslararası yatırımları ve yabancı yatırımcıyı korumaya yönelik ilk çok taraflı anlaşma çabası, 1948 tarihli Havana Şartı'dır. 1959 yılında ise Abs-Shawcross Yurtdışı Yatırım Sözleşmesi Taslağı hazırlanmıştır. Yatırımın tanımı, kamulaştırma şartları ve uyuşmazlıkları çözme mekanizmasını da içeren bu metin üzerinde mutabakat sağlanamamıştır. Latin Amerika devletleri tarafından gündeme getirilip BM Genel Kurulu'nda kabul edilen 1962 Tarihli ve 1803 Sayılı Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenlik Kararı ile doğal kaynak üzerindeki tek egemenin devlet olduğu kabul edilmiştir. Bu karar ile sermaye ithal eden devletler lehine kamulaştırma ile hükümler konulmuş, tazminat hesaplanmasında Hull formülüne benzer yöntem kabul edilmiş ve dengeleme politikasına gidilmiştir. 1970'lerde gelişmekte olan ülkelerin BM'de sayıca artması ile genel kurulda yatırımlarla ilgili düzenleme yapılması talep edilmiş ve 1974 yılında Yeni Bir Uluslararası Ekonomik Düzen Kurulmasına Dair Bildirge kabul edilmiştir. Bu bildirge, sermaye ihraç eden devletlerin lehine olup tazminat hususunda Hull formülünden ayrılır.⁸⁸ Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI), 1998 yılında OECD tarafından hazırlanan çok taraflı bir yatırım anlaşması taslağıdır. Taslakta; uluslararası sermaye hareketlerinin önündeki tüm engellerin kaldırılması, transfer özgürlüğünün kısıtlanmaması, kamulaştırmanın çok sıkı kurallara bağlanması ve uyuşmazlık halinde tahkimin zorunlu olması hüküm altına alınmıştır. Taslağı savunan kesim, küreselleşmesinin neticesinde bu mutabakata varmanın zorunlu olduğunu savunmuştur. Çok uluslu şirketlerin devletler üzerinde güç sahibi olacağı endişesiyle bu metne karşı çıkmış ve metin imzalanamamıştır.⁸⁹

Netice itibarıyla, uzun zamandır süren çabalara rağmen uluslararası yatırım hukukunda çok taraflı ve tek bir anlaşma için mutabakat sağlanamamıştır. Yatırım hukukunda çok taraflı bir çerçeve anlaşmanın kabulünün zorluğu; devletlerin ve

⁸⁸ Surya P. Subedi, **International Investment Law: Reconciling Policy and Principle**, Portland, Hart Publishing, 2008, s. 19-26

⁸⁹ Keskin, **A.e.**, s. 203-210.

* MAI hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Cengiz Samur, "MAI (Multilateral Agreement of Investment): Çok Taraflı Yatırım Anlaşması", **İktisat Fakültesi Mecmuası**, C. 63, S. 2, 2013, s. 53-138, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/8868>, 11.05.2019.

şirketlerin maddi çıkarlarının çeşitliliğinden, yatırım ve yatırımların korunması için kabul edilen ilkelere dair tanımlamaların çokluğundan ve farklı hakem kararlarının mevcudiyetinden ileri gelmektedir.⁹⁰

Yatırım alanında mutabakatın sağlandığı ve pek çok devletin akdettiği çok taraflı anlaşmalar, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) ve Çok Taraflı Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) anlaşmalarıdır. 1965 tarihinde akdedilen Washington Anlaşması ile DB bünyesinde kurulan ICSID, anlaşma tarafı devletlerin yatırım konusunda yaşadıkları uyuşmazlıkların hakem heyetleri aracılığıyla çözüme kavuşturulmasını sağlar. DB'nin kuruluşlarından olan MIGA, 1985 yılında kuruluş anlaşması devletlerce imzalanmış ve 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın amacı, doğrudan yabancı yatırımların yapılmasını teşvik amacıyla yabancı yatırımcıların ev sahibi devlette karşılaştığı ekonomik olmayan risklere, özellikle politik risklere karşı sigorta sağlamaktır. Transferin ev sahibi devlet tarafından kısıtlanması, yatırımcının mülkiyet hakkını ihlal eden eylemler, ev sahibi devlette yaşanan askeri hareket, iç savaş ve savaş halleri MIGA'nın kapsamına giren risklerdendir. Bahsi geçen bu olayların yaşanması halinde, yabancı yatırımcının zararı tazmin edilir.⁹¹ Sigortanın verilebilmesi için yabancı yatırımcının; ev sahibi devletin uyuşunda olmaması, anlaşmaya taraf başka devlerden birinin uyuşunda olması, ticari amaçla çalışması, yatırımı yeni yapmış olması, yatırımın en az 3 yıl süreli olması gerekmektedir.⁹²

(3) Sektörel ve Bölgesel Anlaşmalar

Konusu yatırım olan; belirli bir sektörde ikiden fazla devletin bir araya gelerek akdettikleri anlaşma sektörel, belirli bir coğrafi bölgedeki devletlerin kendi aralarında akdettikleri ve bölge dışından devletlerin dahil olmadığı anlaşma ise bölgesel kabul edilmektedir. Enerji Şartı Anlaşması, sektörel anlamda yapılan anlaşmaların ilk örneğini oluşturmaktadır. Tüm devletlerin katılımına açık olmayan bölgesel

⁹⁰ Rafael Leal Arcas, "The Multilateralization of International Investment Law", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Vol. XXXV, Number 1, Fall 2009, pp. 35-105, (Çevrimiçi)
<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://scholar.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1896&context=ncilj>, 11.05.2019.

⁹¹ Ormanoğlu, **A.e.**, s. 85-88.

⁹² Keskin, **A.e.**, s. 217-218.

anlaşmaların en tipik örneği NAFTA'dır. ABD, Meksika ve Kanada arasında akdedilen bu anlaşma, serbest ticaret anlaşması niteliğindedir.⁹³

Bölgesel anlaşmalar, ortak bir pazar oluşturma yanısıra iki tarafla sınırlı kalabileceği gibi çok taraflı veya bölgeler arası işbirliğini sağlayacak şekilde bölgeler arası da akdedilebilir.⁹⁴ Yatırım hukukunda bütüncül çok taraflı bir anlaşma olmadığı için bölgesel anlaşmalar, tarafların tümünü kapsayacak şekilde genişletilebilir.⁹⁵

b. Yatırım Anlaşmalarının Yorumu ve Uygulanması

Yatırım anlaşmaları, uluslararası hukukun kabul ettiği uluslararası anlaşma niteliğinde olduğu için yorumlanmasında Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31., 32. ve 33. maddelerine riayet edilecektir. Keza yorumlama yönteminin bu şekilde olacağı, pek çok hakem kararı ile hüküm altına alınmıştır. Yatırım anlaşmalarının uygulanmasında da Viyana Sözleşmesi'ne riayet edilecektir. Sözleşmenin 28. maddesine göre; yatırım anlaşmaları geçmişe etkili olarak yürümez, yani yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylar için geçerlidir. 29. maddeye göre ise yapılan anlaşmalara tarafların bütün ülkesi bakımından geçerli olacaktır.⁹⁶

2. Yatırım Sözleşmesi

Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmeleri, yatırımcının ev sahibi devlete yapacağı sermaye transferini düzenlemektedir. Uluslararası hukukun koruması altında olan bu sözleşmelerin ihlali halinde, yatırım anlaşmaları gibi muamele görmesi gerekmektedir. Yatırım sözleşmelerine örnek olarak; yap-işlet-devret sözleşmeleri, imtiyaz sözleşmeleri ve garanti sözleşmeleri verilebilir.⁹⁷

Yabancı yatırımcının çıkarları ile ev sahibi devletin kamu yararının dengelenmeye çalışıldığı bu sözleşmeler, tarafların hak ve borçlarını belirlemektedir. Sözleşmelerde yabancı yatırımcı olası riskleri azaltarak öngörülebilir bir hukuki çerçevede ev sahibi devletin müdahalesinden kaçınmak isterken ev sahibi devlet de egemenliğinden taviz vermeksizin yatırımın ülkesine yapılmasını sağlamaya

⁹³ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 99.

⁹⁴ Echandi, **A.e.**, s. 4.

⁹⁵ Gazzini, **A.e.**

⁹⁶(Çevrimiçi)

<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlasmalar%20Hukuku%2069.pdf>, 04.04.2020.

⁹⁷ Yılmaz, **A.e.**, s. 21.

çalışmaktadır. Bu amaçla sözleşmelerde, yatırımcının sözleşme haricinde başka bir hukuki rejime tabi tutulmamasına ve ev sahibi devletin ekonomik koşulları değiştiği takdirde sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesine dair hükümler bulunmaktadır.

Yatırım sözleşmelerinde uyuşmazlıkların barışçı çözüm yollarıyla çözüleceğinin kararlaştırılması ile diplomatik koruma yönteminden vazgeçilir. Sözleşmelerde, öncelikle yatırımcının ulusal yargıya başvurusu gerektiği kararlaştırılabilir. Sözleşmede uyuşmazlığın uluslararası yargıya taşınabileceği hüküm altına alınmışsa, yatırımcının ulusal yargıdan bağışık tutulmayı isteme hakkı vardır ve ulusal yargı aşamasını tüketmek zorunda değildir.⁹⁸

3. Uluslararası Teamül

Uluslararası teamül, devletlerin uluslararası bir konuda hukuk kuralının bu olduğuna dair inançla aynı davranışı sergilemesidir. Teamül kuralları, yazılı olmayan kurallardır. Bir davranışın teamül kuralı olarak kabulü; kuralın uygulanması, kuralın tekrar edilmesi ve kuralın hukuki olduğuna dair inanç ile mümkündür. Uluslararası teamül, maddi ve manevi olmak üzere iki unsurdan oluşur. Maddi unsur, uluslararası hukuk süjelerinin bir durum karşısında sürekli olarak aynı davranışı sergilemesini ifade etmektedir. Uluslararası teamülün manevi unsuru, uluslararası hukuk süjelerinin bir durum karşısında sürekli aynı davranışı sergilemeye dair oluşan hukuki inançtır.⁹⁹

Teamül kurallarının yatırım hukukundaki önemi, uyuşmazlıklar için uygulanacak kaynaklardan olmasının yanı sıra bazı kuralların ve yatırımcıyı koruyan ilkelerin kaynağının da olmasıdır.

Diğer uluslararası hukuk dallarına kıyasla yatırım hukuku kuralları, genellikle yatırım anlaşmalarına dahil edilmekte ve bu anlamda bir teamülün geliştiğinden bahsedilebilir. Anlaşmalarda detaylı bir düzenlemeye gidilmesine rağmen, boşluk bulunması halinde teamül hukukuna başvurulmaktadır. Kimi anlaşmalarda teamül hukukuna dair ilkeler ayrıca yer almaktadır. Uluslararası teamül hukuku, özellikle taraflar arasında yatırıma dair bir anlaşma bulunmaması halinde uygulanmaktadır.¹⁰⁰

⁹⁸ Zenginkuzucu, **A.e.**, s.72.

⁹⁹ Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk**, 8. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s. 16-21.

¹⁰⁰ Hirsch, **A.e.**

4. Hukukun İlkeleri

UAD 38. maddeye göre; “medeni milletlerce kabul edilmiş genel hukuk kaideleri” de bir diğer kaynaktır. Maddeden anlaşılması gereken, bir hukuk ilkesinin kaynak olabilmesi için hukuk sistemlerin çoğu tarafından benimsenmiş ve uluslararası hukuk sisteminde uygulanabilir olması gerektiğidir.¹⁰¹ Hukukun ilkelerinin üç özelliği bulunmaktadır. Buna göre; genel nitelikli olup sadece belirli bir durum için kullanılmamalı, çoğu devletlerin iç hukukunda da kabul edilmeli ve uluslararası topluma uygulanabilir nitelikte olması gereklidir.¹⁰²

Hukukun ilkeleri, teamül kuralları gibi hukuki olduğuna dair devletlerin inancı ve sürekli olarak uygulanması gibi şartlara sahip değildir. Genel ilkeler; anlaşma hükümleri, devletler arasındaki ilişkiler ve teamül de dahil olmak üzere pek çok ilişki neticesinde doğar. Hukukun ilkeleri bu özellikleri gereği, doğrudan uyuşmazlığa uygulanabilen ve özerk kurallar bütünü olup hakemler tarafından dikkate alınmaktadır. Hukukun ilkeleri ulusal hukuklardan farklı olup kendine özgü ahde vefa, toprak bütünlüğü, meşru müdafaa, devletlerin yasal olarak eşit olması gibi çeşitli hükümlerden oluşmaktadır ve uluslararası barış ile güvenliği sağlamaya yönelik oldukları kabul edilmektedir.¹⁰³

Hukukun ilkeleri, boşlukların doldurulması için kullanılmaktadır. Buna göre bir boşluk, öncelikle anlaşma hükmü ile sonrasında teamül hukuku ile doldurulmalıdır. Boşluğun hâlâ doldurulamaması halinde, hukukun ilkeleri devreye girecektir.¹⁰⁴ Hukukun ilkeleri boşluk doldurmanın yanı sıra, özellikle yatırım sözleşmelerinin ve anlaşmalarının yorumlanmasında hakem heyetleri tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. Hukukun ilkelerine yapılan atıflarla emsaller oluşturulmuştur.¹⁰⁵

Yatırım hukuku açısından önemi ise yatırım hukukundaki kimi kuralların dayanağının bu ilkelerden ileri gelmesidir. Örneğin adil ve hakkaniyete uygun davranma ilkesi ve eşit davranma yükümlülüğü, hukukun ilkelerinden doğan kurallardır.¹⁰⁶

¹⁰¹ Sur, **A.e.**, s. 90-91.

¹⁰² Hirsch, **A.e.**

¹⁰³ Patrick Dumberry, “The Emergence of the Concept of ‘General Principle of International Law’ in Investment Arbitration Case Law”, **Journal of International Dispute Settlement**, Volume 11, Issue 2, June 2020, pp. 194–216, (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/jnlids/idz027>, 08.09.2020.

¹⁰⁴ Hirsch, **A.e.**

¹⁰⁵ Sornarajah, **A.e.**, s. 86.

¹⁰⁶ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 104.

Yatırım hukukunda, hakem heyetleri hukukun ilkelerini sıklıkla kullanmaktadır. Bulunulan beyanla bağlı olma veya itiraz hakkının düşmesi, kesin hüküm, ispat yükü, hakkın kötüye kullanılması ilkelerinin çeşitli hakem kararları incelendiğinde kabul edildiği ve bu ilkelere göre hüküm kurulduğu görülmektedir.¹⁰⁷

B. YARDIMCI KAYNAKLAR

1. Uluslararası Mahkemelerin Veya Hakem Heyetlerinin Kararları

UAD 38. maddeye göre; “çeşitli ulusların yargı kararları” yardımcı kaynaktır. Bu ibareden anlaşılması gereken, uluslararası mahkeme ve hakem kararlarıdır. Ancak uluslararası mahkeme ve hakemler tarafından verilen kararların; bağlayıcı olmadığı, aynı konuda farklı kararlar verilebildiği ve içtihat birliğinin sağlanamadığı unutulmamalıdır.¹⁰⁸ Yatırım hukukunda bir mahkeme olmadığı için kurumsal veya ad hoc hakem heyetleri tarafından verilen kararlar kaynak teşkil etmektedir.

Uluslararası hukukta mahkeme kararları ikincil kaynak olarak kabul edilmesine karşın, yatırım hukukunda hakem kararlarına sürekli atıf yapılarak hakem kararlarının asıl kaynak haline getirildiği görülmektedir. Bu anlamda, klasik uluslararası hukuk anlayışına bir karşı gelme söz konusudur. Bu karşı gelme, ICSID Konvansiyon hükmüyle de desteklenmektedir. ICSID Konvansiyon’unun 42/1-2. maddesine göre; bir yatırım uyuşmazlığına uluslararası hukuk kuralları uygulanabilir ve boşluk olması halinde hakemlerin bu boşluğu doldurması şart değildir. Boşluk doldurma kuralına riayet edilmesini şart koşmayan bu madde ile hakem heyetlerinin yatırıma dair hukuk kuralları geliştirmesinin önü açılmıştır.¹⁰⁹

Yargı kararları yardımcı kaynak olarak kabul edilmesine ve içtihat birliği olmadığına dair görüşler ileri sürülse de özellikle son yirmi yılda hakem kararlarında görülen eski kararlara yapılan atıflar, fiilî olarak içtihat birliği oluşturulmaya çalışıldığını göstermektedir. Keza hakem heyetleri de kararlarına, önceki kararlara atıf yaptıklarını ve yatırım hukukunun gelişimi için mümkün olduğunca bunu tercih ettiklerini dercetmektedir. Ayrıca bu sayede taraflar, önceki kararları bir delil olarak sunabilmekte ve eldeki uyuşmazlık için dikkate alınmasını talep edebilmektedir.

¹⁰⁷ Dumbery, **A.e.**

¹⁰⁸ Sur, **A.e.**, s. 94.

¹⁰⁹ Patrick M. Norton, “The Role of Precedent in the Development of International Investment Law”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, Volume 33, Issue 1, Winter 2018, pp. 280–301, (Çevrimiçi) <https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/33/1/280/4823512>, 19.11.2020.

Sadece bir tahkim kurumunun kendi kararları arasında değil, diğer tahkim kurumlarının kararlarına da atıf yapıldığı ve yatırım hukukunun bütüncül olarak ele alındığı görülmektedir.¹¹⁰

Önceki kararlara yapılan atıfların çokluğu ve önceki kararların emsal olarak kabulü, yatırım hukukunda çerçeve kuralların oluşmasına ve ikili yatırım anlaşmaları ile birlikte yatırım alanında çok taraflılığın yerleşmesine katkı sağladığı ileri sürülmektedir. Ayrıca kararların sıklıkla yayınlanması hem doktrin hem de uyuşmazlığı inceleyen hakem heyetleri tarafından kararların takip edilmesine sebep olmaktadır. Hakem kararları, yatırım anlaşmalarının seyrini de değiştirmektedir. Hakem kararlarının önceki kararlara atıf yaparak benzer hale gelmesi, yatırım anlaşmalarının da kararlara göre şekillenmesine ve benzer hale gelmesine sebep olmaktadır. Hakem kararlarında hem yerel hem de uluslararası hukuka sıklıkla yer verildiği ve hukuklar arasında özellikle kamu hukuku alanında mukayeseye gidildiği görülmektedir.¹¹¹ Yatırım hukukunda, hakem kararlarının asıl kaynak olarak kullanılması; tutarlılık ve içtihat birliğinin sağlanması için bir adım olarak görülebilir. Ayrıca yatırım hukuku, uluslararası hukukun norm üreticilerinde de değişikliğe sebep olmuş ve uluslararası hukuk kurallarının üretimini devletlerin tekelinden alınmasına ve hakemlerle paylaşmasına neden olmuştur.

2. Doktrin

UAD 38. maddeye göre, “en yetkili hukukçuların görüşleri” yardımcı kaynak olarak kabul edilmektedir. Uluslararası hukukta doktrin yardımcı kaynak kabul edilmesine karşın, yatırım hukukunda asıl kaynak muamelesi görmektedir. Zira kararlardan sonra, en çok akademik çalışmalara atıf yapılmaktadır. Doktrin, yorum ve boşluk doldurmada yol göstermektedir. Yatırım tanımında uygulanan testlerin doktrinden doğması, kaynağın önemini göstermektedir.¹¹²

Yatırım hukukunda norm üretimi devletler, hakemler ve akademisyenlerin elindedir. Devletler yatırım anlaşmaları ve sözleşmeleriyle, hakemler verdikleri kararla ve akademisyenler ise eserleri ile norm üretmektedir. Norm üretiminin devletlerin tekelinde olmaması, meşruiyet krizini de beraberinde getirmektedir. Ancak unutulmaması gereken devletlerin kendi rızaları ile çok taraflı anlaşmaları

¹¹⁰ Hirsch, A.e.

¹¹¹ Schill, A.e.

¹¹² Hirsch, A.e.

akdetmeleri ve norm üretiminde hakemleri de yetkili kılmalarıdır. Hakem heyetleri kendilerine verilen takdir yetkisine dayanarak karar vermekte, kararlarında doktrinden faydalanmakta ve meşruiyet krizinin önüne geçebilmek için önceki kararlara sıklıkla atıf yapmaktadır.¹¹³

3. Esnek Hukuk Kuralları

Esnek hukuk kuralları denilen taraflar arasında bağlayıcılık sağlamayan ve ilişkileri düzenlemekten ibaret bu belgeler, anlaşmaların yorumlanması ve boşluk doldurmada yol göstermesi için kullanılmaktadır.¹¹⁴

Esnek hukuk kuralları, taraflar arasındaki ilişkileri düzenleyici işlevi nedeniyle yatırım anlaşmalarına da dahil edilmeye başlanmıştır. Örneğin, yatırımcılar arasında rekabeti düzenlemek amacıyla esnek hukuk kuralları oluşturulmuştur.

Netice itibarıyla; yatırım hukukunda geleneksel kaynaklardan farklı olarak emsal kararlar, esnek hukuk kuralları ve hatta karşılaştırılmalı hukuk bir kaynak olarak sıklıkla kullanılmaktadır. İki taraflı anlaşmalardan ve dolayısıyla ikili ilişkilerden doğan yatırım hukukunun; özellikle yatırım anlaşmaları, emsal kararlar, esnek kurallar ile çok taraflı hale geleceği iddia edilmektedir.¹¹⁵

III. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA YATIRIMCIYI KORUYAN İLKELER

Ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya karşı sorumlulukları; ulusal hukuktan, taraflar arasındaki anlaşmadan veya uluslararası hukuktan kaynaklanabilmektedir. Ev sahibi devletin bu kaynaklardan doğan yükümlülükleri, yatırımcıyı koruyan ilkeler olarak tanımlanmaktadır. Bu ilkelerin bir kısmı tarafların, yatırım anlaşmalarında ilkeye yer vermeleri halinde yatırımcıyı korurken bir kısmı, anlaşmada yer almasa dahi uluslararası hukuk nedeniyle yatırımcıyı doğrudan korumaktadır.

A. ULUSAL MUAMELE İLKESİ

Uluslararası hukukta bir devletin vatandaşlarına tanıdığı hak ve korumaları yabancı devletin vatandaşlarına da tanıması anlamına gelen ulusal muamele;

¹¹³ Norton, A.e.

¹¹⁴ Hirsch, A.e.

¹¹⁵ Schill, A.e.

yatırım hukukunda yerli ve yabancı yatırımcılara gerek hukuki gerek fiilî olarak farklı davranılmasını engelleyerek ayrımcılığın önlenmesini, şeffaflığın sağlanmasını ve yatırım alanında eşit rekabet koşullarının oluşturulmasını ifade etmektedir.¹¹⁶ İlke ile ev sahibi devletin ekonomik koşullarını ileri sürerek yabancı yatırımcıya farklı davranmasının önüne geçilir. İlkenin ihlali, ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirir.¹¹⁷

Ulusal muamele ilkesi, uluslararası teamül kuralı olmadığından, taraflar arasında imzalanan anlaşmada yer alması gereken bir ilkedir. Aksi halde, yatırımcı bu ilkeye dayalı bir koruma talep edemez. Bu ilkenin bir diğer işlevi, yabancı yatırımcının ev sahibi devletin ulusal hukukuna göre de uyumsuzluğu çözüme kavuşturma imkânı sağlamasıdır. Zira yabancı yatırımcı, ulusal hukuka göre uyumsuzluğu çözemediği takdirde her türlü uluslararası korumadan faydalanabildiği için ulusal muamele ikinci bir koruma imkânı sunmaktadır.

Hakem heyetleri; yerli ve yabancı yatırımcıya farklı muamele edilmesi nedeniyle kıyas yapılabilmesi halinde ve yabancı yatırımcıya farklı davranılmasının haklı bir gerekçeye dayanmadığı durumda bu ilkenin ihlal edildiğine karar vermektedir. Farklı muamelenin fiilî veya hukuki olarak yapılması mümkün olduğu gibi dolaylı veya doğrudan yapılması açısından da bir farklılık yoktur. Son olarak yerli ve yabancı yatırımcı arasında farklı bir muamele varsa bu muamele haklı bir gerekçeye dayanmalıdır.¹¹⁸ Zira, mukayese edilen yatırımcıya farklı davranılmasının makul gerekçeleri varsa iki yatırımcı arasında mukayese yapmak mümkün olmayacak ve ilkenin ihlalinin bahsedilemeyecektir.¹¹⁹ Hakem heyetleri bu ilkenin ihlal edilip edilmediğine dair amaç ve sonuç ilişkisine de bakmaktadır.

B. EN ÇOK GÖZETİLEN ULUS KAYDI

İki veya daha fazla devletin yaptıkları yatırım anlaşmalarında; başka devletlerle yapacakları anlaşmalarda daha avantajlı hükümlerin bulunması halinde, bu avantajları birbirlerine de tanıyacaklarını hüküm altına almaları en çok gözetilen ulus kaydını ifade etmektedir.¹²⁰ En çok gözetilen ulus kaydı, uluslararası teamül

¹¹⁶ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 122.

¹¹⁷ Gürler, **A.e**

¹¹⁸ Ali Osman Karaoğlu, **Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 146-149.

¹¹⁹ Şaban Kayıhan, Mehmet Eski, **Uluslararası Ekonomi Hukuku**, 1.Cilt, 2. bs., Kocaeli, Umüttepe Yayınları, 2015, s. 199

kuralı olmayıp taraflar arasında imzalanan anlaşmada yer alması gereken bir ilkedir. Aksi halde, yatırımcı bu ilkeye dayalı bir koruma talep edemez.¹²¹

Bu ilke, anlaşmayı yapan devletlere yükümlülük yükler. İlkenin amacı, ayırım yapmama ve eşit davranmaktır. İlke, anlaşma hükmü olup uluslararası hukuk kaidesi niteliğinde olmadığından sadece anlaşmanın taraflarını bağlar ve herkes tarafından ileri sürülemez. Ayrıca anlaşma yapılan devlete özel ayrıcalıklar taahhüt edilmekte olup genel nitelikli değildir. Üçüncü devlete anlaşma anında tanınan ve sonrasında başkaca sağlanan imkânlar, bu kayda dayanılarak talep edilebilir. Talebe dayanan anlaşmanın feshedilmesi halinde ilke işlerliğini yitirecektir. Talep konusu, diğer anlaşmanın konusuyla aynı olmalıdır. İlke, şarta bağlanabilir. Bu durumda talepte bulunan şartı yerine getirmekle mükelleftir.¹²²

Yatırım yapıldıktan sonraki tüm tedbirler de yatırım ilişkisinden kaynaklanan muamele olarak kabul edilir. Bu ilke gereğince; yapılan bir yatırım anlaşması, mukayeseye esas teşkil eden anlaşmanın yatırıma sağladığı korumadan daha kapsamlı bir korumayı sağlaması halinde mukayeseye esas teşkil eden anlaşmaya da uygulanacaktır.¹²³

En çok gözetilen ulus kaydı; ev sahibi devletin tüm yatırımcılara eşit davranmasını değil, yabancı yatırımcılarından herhangi birine daha olumsuz davranılmasının önüne geçmektedir. Buna göre; iki yatırımcıya, üçüncü bir devletle olan ilişkisinde aynı muamele uygulanmalıdır. Muamelenin uygulanabilmesi için benzer koşullar altında farklı muamele gören yatırımcıların olması gerekmektedir. Yani oluşan bu şartlar altında, iki yatırımcının mukayese edilebilir olması gerekmektedir. Benzer koşula örnek aynı sektör içinde olmak sayılabilir.

Bu ilke ile ev sahibi devlet, başka devletlerle akdettiği ve kullanılmaya uygun anlaşmalarından herhangi birini yatırımcının erişimine açmaktadır. En çok gözetilen ulus kaydı, ev sahibi devletin yatırımcıyı kabul etmesi için kullanılamaz. Devletler, hangi alanlarda ve kimlerle yatırım yapacağını belirlemede tek hak sahibidir.¹²⁴

¹²⁰ Yasemin Aydoğmuş, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 29, S.0, 2009, s. 21-84, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99312>, 10.05.2019.

¹²¹ Karaoğlu, A.e., s. 131.

¹²² Elif Uzun, “Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 24, S. 1-2, 2004, s. 741 – 766, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99401>, 05.10.2020.

¹²³ Kayıhan v.d., A.y.

Bu ilke, hakem heyetleri tarafından da tartışılmış ve Maffezini v. Spain davasında verilen karar ile en çok gözetilen ulus muamelesinin tahdidi belirlenmiştir. Buna göre; uyuşmazlık halinde iç hukukun tüketilmesi şart koşulduğu veya uluslararası tahkim veya ulusal yargıdan birinin seçilmesinin hüküm altına alındığı veya ICSID'e başvuruyu şart koşan anlaşmalarda bu ilkeye başvurularda anlaşma hükümlerini dolanmak mümkün değildir. Ayrıca bir tahdit yöntemi olarak anlaşmada yer alan en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmayacağına taraflarca kararlaştırılması da mümkündür.¹²⁵ Son olarak, taraflar en çok gözetilen ulus kaydına dair açıkça bir sınırlama yapmadıkları takdirde bu kayıt, maddi hukuk taleplerinin yanı sıra uyuşmazlık çözüm usullerinde de kullanılacaktır.¹²⁶

Ulusal muameleden farklı olarak; bu ilke ile yerli ve yabancı yatırımcılar arasında değil, farklı devletlerin vatandaşları olan farklı yabancı yatırımcılar arasında ayrımcılığın yasaklanarak yatırıma ilişkin tüm tedbirler bakımından eşitliğin sağlanacağı hüküm altına alınmaktadır. En çok gözetilen ulus kaydının anlaşmada tek taraflı olarak hüküm altına alınması mümkün olduğu gibi yer, süre ve kapsam bakımından tahdidinin olması da mümkündür. En çok gözetilen ulus kaydının ihlalden bahsedebilmek için kıyaslanabilecek iki farklı yatırım anlaşmasının yapılmış olması gereklidir.

En çok gözetilen ulus kaydı, yabancı yatırımcıyı başka ülkeden gelen yabancı yatırımcılara karşı korurken onun tamamlayıcısı niteliğindeki ulusal muamele, yabancı yatırımcıyı yerli yatırımcının avantajlı hale gelmesine karşı korumaktadır.¹²⁷

Bu ilke ve ulusal muamele ilkesi, aynı anlaşmada birlikte yer alabilir. Bu ilkelerin bir anlaşmada beraber yer alması halinde, yabancı yatırımcının lehine olan ilke uygulanır. Bu ilke ve dolayısıyla sağladığı koruma ve haklar, ikili yatırım anlaşmasının konusuyla aynı olmalıdır. Üçüncü devletle yapılan anlaşmanın sona ermesi, diğer yabancı yatırımcıların bu anlaşmaya dayanarak hak elde etmesini engellemesine rağmen, taraflar devam edeceği konusunda anlaşabilirler. Bölgesel

¹²⁴ Aniruddha Rajput, "The Myth of A Multilateral Framework in International Investment Law", *Indian Journal of International Law*, Vol.56, 2016, pp. 427–461, (Çevrimiçi) <https://link.springer.com/article/10.1007/s40901-017-0052-9>, 26.09.2020.

¹²⁵ Karaoğlu, A.e., s. 141-142

¹²⁶ Faruk Kerem Giray, "ICSID İçtihatlarının Yeni Nesil Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarına Etkisi", *Uluslararası Yatırım Tahkimi Ve Üçüncü Kişi Finansmanı*, Ed.: Ceyda Süral Efeçinar vd., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 33.

¹²⁷ Kayıhan v.d., *Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)*, s. 125-126.

anlaşmalara da taraf olan ikili yatırım anlaşmasının tarafı devlet, bölgesel anlaşmanın tarafı olması nedeniyle diğer üye devletlerin yabancı yatırımcılara tanıdığı ayrıcalıkları en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak ileri süremez.

C. AYRIMCILIK YAPMAMA İLKESİ

Bu ilke; ev sahibi devletin yerli veya üçüncü bir yabancı yatırımcıya gösterdiği muameleden daha düşük bir muameleyi, anlaşmayı imzaladığı yabancı yatırımcıya yapmamayı taahhüt etmesini ifade etmektedir. Ayrımcılık yapmama ilkesi; yabancı yatırımcılar arasında eşitliği sağladığı için en çok gözetilen ulus kaydını ve yerli ve yabancı yatırımcılar arasında eşitliği sağladığı için ulusal muamele ilkesini barındırmaktadır. İkili yatırım anlaşmalarında, çeşitli sektörlerin ayrımcılık yapmama ilkesinden muaf olabileceği hüküm altına alınabilmektedir. Ulusal güvenlik ve kamu düzeni sebebiyle yabancı yatırımcıya farklı muamele yapılması ayrımcılık olarak kabul edilemez. Yabancı yatırımcının uyuşu nedeniyle uygulanan bir kamulaştırma; ayrımcılık yapmama ilkesine aykırılık teşkil edip ev sahibi devletin sorumluluğunu gerektirmesine karşın, aynı muamele farklı nitelikteki yabancı yatırımcılara haklı nedene dayanılarak yapılıyorsa ilkeye aykırılık mevcut değildir.

Ayrımcılık yapmama ilkesi, ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı ile birlikte tamamlanmaktadır. Ayrımcılık yapmama ve en çok gözetilen ulus kaydı arasında iki temel fark bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ayrımcılık yapmama ilkesi teamül hukukundan ileri geldiği için herkes tarafından ileri sürülebilmesine rağmen, en çok gözetilen ulus kaydının ancak anlaşmanın taraflarınca ileri sürülebilmesidir. İkinci olarak, ayrımcılık genel koruma sağlamakta ve konusu siyasal ve toplumsal olaylarla ilgili iken en çok gözetilen ulus kaydı özel ayrıcalıklar sunmakta ve konusu daha ziyade ekonomik olmaktadır.¹²⁸

Ayrımcılık yapmama bağımsız bir koruma ilkesi olmasına rağmen, bu ilke, günümüzde hakem heyetlerince adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi kapsamına alınmıştır.¹²⁹

¹²⁸ Gürler, A. e.

¹²⁹ Kayıhan v.d., **Uluslararası Ekonomi Hukuku**, s. 197

D. ADİL VE HAKKANİYETLİ MUAMELE

Bu ilke ile ev sahibi devlet, yerli veya yabancı tüm yatırımcılara aynı davranmayı taahhüt eder. İki taraflı anlaşmaların yanı sıra MIGA, NAFTA gibi çok taraflı anlaşmalarla da kabul edilen bu ilke, doktrinde ve hakem heyetlerince genellikle uluslararası teamülün bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Ev sahibi devletin, üçüncü bir yatırımcıya gösterdiği muamelenin bu ilkenin uygulanmasına etkisi yoktur. Yani bu ilke, muameleler arası mukayeseye dayanmaz ve yatırımcı doğrudan uluslararası hukuk tarafından korunmaktadır.¹³⁰ Bu ilkenin uluslararası teamül kurallarından ileri gelip gelmediği tartışmalıdır.*

Uluslararası teamül kurallarından kaynaklanan asgari muamele standardının yatırım hukukunda görünümü adil ve hakkaniyetli muamele ilkesidir. Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi, ev sahibi devletin yatırımcıya yönelik iş ve işlemlerine karşı koruma sağlar.¹³¹

Adil ve hakkaniyetli muamelenin kapsamı; devletler arasında bir uzlaşının olmamasının yanı sıra tanımının yapılmasının ve tahdidinin hakem kararlarıyla belirlenmesinin devletler tarafından uygun görülmesi nedeniyle tam olarak tanımlanmamıştır. Bu ilke, devletlerin yabancı yatırımcıya adil ve hakkaniyetli davranmasını şart koştuğu gibi kamu yararının da gözetilerek anlaşma tarafları arasında denge sağlanmasını da amaçlamaktadır. Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine dair en geniş tanımlı yapan ve diğer hakem heyetleri tarafından adeta emsal görülerek atıf yapılan hakem heyeti kararı, Tecmed v. Mexico davasında verilmiştir. Buna göre iyiniyet kuralı ile beraber değerlendirilmesi gereken bu ilkenin kapsamına; ev sahibi devletin yatırımcının yatırım yapmadaki beklentilerine aykırı davranmaması, istikrarlı muamele göstermesi, taraf ilişkilerinde şeffaflığın esas olması, tarafların arasındaki hukuki ilişkiye riayet edilmesi, keyfi muamele gösterilmemesi girmektedir.¹³²

¹³⁰ Rumeysa Partalı, "Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ' Adil Ve Eşit Davranma Yükümlülüğü' ", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.36, S.2, 2016, s. 134-135.

* Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Oğuz Kaan Pehlivan, "Yatırım Antlaşmalarında Yer Alan Adil Ve Eşit Muamele İlkesinin Hukuki Niteliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.139, 2018, s. 239-256, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-139-1810>, 26.09.2020.

¹³¹ Deniz Ergene, "İç Karışıklıklarda Yabancı Yatırımların Korunması: Ukrayna Örneği", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2016, s. 175-268, (Çevrimiçi) http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2017/1/gsuhfd_2016_2son-663.pdf, 09.06.2020.

¹³² Karaoğlu, A. e., s.150-158.

Ev sahibi devletin yargı organlarının kasıtlı olarak yabancı yatırımcının aleyhine karar vermesi ve yargılamanın yavaşlatılması, bu ilkenin ihlali anlamına gelir. Yargı organlarının yanı sıra idari organlar da bu ilkeden mesuldür. İdari teşkilat tarafından yabancı yatırımcıya taahhütte bulunulması ve uyulmaması, farklı kurumların birbirinden farklı kararlar vermesi de bu ilkenin ihlali anlamına gelmektedir.¹³³

Yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edilmemesi, iyiniyetle işlem yapma, verdiği haktan kaçınmama ve yatırımcının cebir ve şiddete maruz kalmaması adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu sebeple bu ilke, tam koruma ve güvenlik ilkesiyle beraber değerlendirilmelidir. Zira ev sahibi devletin kötüniyetli olarak yasalarını değiştirmesi, yatırımcının haklı beklentilerinin ihlali, yatırımcının hukuki güvenliği gibi sebeplerle uyuşmazlıkların yaşanması, ilkelerin beraber değerlendirilerek sonuca varılmasını gerektirmektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi, uluslararası hukuk koruması sağladığı için ihlali halinde ev sahibi devletin yatırımcıya tazminat ödemesi zorunlu olacaktır. Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin ihlalinin kabulü için sözleşmeye aykırılığın yanı sıra, ev sahibi devletin kastının olması gerekmektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine aykırılık tek başına yeterli olup ayrıca bu aykırılığın kötüniyetle yapılması şart değildir. Kötüniyet, ilkenin ihlal edildiğine dair güçlü bir delildir.¹³⁴

E. TRANSFER ÖZGÜRLÜĞÜ

Yabancı yatırımcının herhangi bir kısıtlamayla karşılaşmadan sermaye ve kâr transferi yapabilmesinin yatırım anlaşmasıyla hüküm altına alınması yatırımcının korunmasını sağlamaktadır. Kural olarak uluslararası teamül gereği ulus devletlerin egemenlikleri alanına kendi para politikalarını belirlemek de dahildir. Bu sebeple, gelişmekte olan ülkelerin genellikle yabancı yatırımcıdan ödemeyi ulusal para birimi üzerinden yapılmasını talep ettiği ve transfere ilişkin kısıtlayıcı hükümler koymaya çalıştığı görülmektedir. Transfer özgürlüğü, ikili yatırım anlaşmalarıyla sağlanabildiği gibi çok taraflı yatırım anlaşmalarından olan IMF'nin kuruluş anlaşması ile taraf

¹³³ Ziya Akıncı, "Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi", **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"**, İstanbul, Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2009, s. 285.

¹³⁴ Partalci, **A.e.**, s. 153-154,157.

devletlerin transferlere ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemesi ile de hüküm altına alınmıştır.¹³⁵

F. TAM KORUMA SAĞLANMASI VE YATIRIMCININ GÜVENLİĞİ

Tam koruma ilkesi; ev sahibi devletteki kamu organları veya üçüncü kişiler tarafından yapılan fiziki zararlara karşı ev sahibi devlete yüklenen bir uluslararası yükümlülük olup zararın tazminini öngörmektedir. İlkenin ev sahibi devlete yüklediği sorumluluk, güç kullanımının oluşturacağı zararlara karşı yatırımcıyı korumaktır.¹³⁶ Tam koruma ilkesinden sadece yatırımcının can ve mal güvenliğinin sağlanması anlaşılmamalı, yatırımcının yatırım yapmasını engelleyecek her türlü güvenlik sorununun bertaraf edilmesi de ilkenin kapsamındadır.¹³⁷ Ev sahibi devletin sorumluluğu özen yükümlülüğü niteliğinde olup ev sahibi devletin güvenliğin temini için gerekli önlemleri almasını da kapsamaktadır. Özen yükümlülüğü bir başka devletle kıyaslanarak değil, ev sahibi devletin koşullarına göre değerlendirilir. Bu kapsamda ev sahibi devlet; kamu kurumlarıyla veya üçüncü kişilerin olası davranışlarıyla yatırımcıya zarar verilmesini engellemeli, zarar verici eylem başladıysa durdurmaya çalışmalı, başaramazsa eylemin faileri hakkında yaptırım uygulamalıdır. Ev sahibi devletin üçüncü kişilere yapacağı müdahale esnasında yatırımcının zarar görmesi halinde de ev sahibi devletin sorumluluğu doğacaktır. Yatırımcının tazminata hak kazanabilmesi için zarara uğradığını, ev sahibi devletin özenli davranmadığını ve özenli davranmaması nedeniyle zarara uğradığını ispatlaması gerekmektedir. Özenli davranışa rağmen zarar oluşmuşsa ev sahibi devletin ilkeyi ihlal ettiğinden bahsedilemez.¹³⁸

Bu ilke taraflar arasındaki yatırım anlaşmasında yer almasa bile uluslararası teamüle göre yabancıların korunmasına dair genel özen kuralına binaen, yatırımcının ev sahibi devlet tarafından korunması gerektiği doktrinde kabul görmektedir. Öte yandan hakem heyetleri, bu ilkenin kapsamına sadece ev sahibi devletin kolluk kuvvetlerinden ileri gelen şiddet olaylarını değil, mafya, isyancı vb. üçüncü kişiler vasıtasıyla gerçekleşen şiddet olaylarını da dahil etmiş ve yabancı yatırımcının korunması gerektiğini karara bağlamıştır.

¹³⁵ Kayıhan v.d., **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, s. 128-129.

¹³⁶ Ergene, **A.e.**

¹³⁷ Akıncı, **A.e.**, s. 284.

¹³⁸ Ergene, **A.e.**

Doktrinde tam koruma ilkesinin kapsamına, yabancı yatırımcının hukuki ve ekonomik olarak korunmasının da dahil edilmesi gerektiği kabul görmektedir. Yatırım anlaşmasında tam koruma ve güvenlik ibaresinin bulunması, bu iki tür korumayı da ev sahibi devletin kabul ettiği anlamına gelmektedir. Bu çerçevede hakem heyetleri tarafından verilen kararlarda, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının hukuki güvenliğini ihlal edecek yasal düzenlemeler yapamayacağı kabul edilmektedir.¹³⁹

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ev sahibi devlete kusursuz sorumluluk yüklenilmemektedir. Fiziki koruma ile ifade edilen özel kişilerin veya devlet organlarının şiddet eylemlerine karşı yabancı yatırımcının korunması iken hukuki koruma hukuki öngörülebilirliği de kapsamakta ve yabancı yatırımcının haklarını herhangi bir engelleme ile karşılaşmaksızın kullanabilmesini ifade etmektedir.¹⁴⁰

G. ŞEMSIYE HÜKÜMLER

Bir yatırım sözleşmesinde şemsiye hükmün mevcudiyeti, taraflar arasındaki her türlü uyuşmazlığın yatırımcının kaynak devleti ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş ikili yatırım anlaşmasına göre çözülmesine sebep olur. Bu hükümler, taraflar arasındaki ilişkinin sözleşmesel ilişkinin dışına taşmasına ve sözleşmenin uluslararasılaşmasına sebep olmaktadır.¹⁴¹ Şemsiye hükümler ile yatırım anlaşması, taraflar arasındaki sözleşmeden üstün kabul edilir ve uyuşmazlık yatırım uyuşmazlığının çözüm şekline göre çözülür.¹⁴²

Şemsiye hükümlerin yatırımı koruyan ilkelerden biri olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. İlk iki taraflı yatırım anlaşması olan 1959 tarihli Almanya ve Pakistan arasındaki anlaşmada ilk kez şemsiye hüküm de kullanılmıştır. İç hukukla getirilen yükümlülükleri uluslararası hukuk yükümlülüklerine çevirmesi nedeniyle şemsiye hükümler, yatırım tahkimini ticari tahkimden ayırmaktadır.¹⁴³

Hakem heyetleri yatırım sözleşmeleri ile ilgili olarak tacir ve egemen devlet olmak üzere ikili bir ayrıma gitmektedir. Bu sebeple şemsiye hükümler, bir devletle veya devletin bir kurumuyla yapılmış ticari sözleşmeleri kapsamaz. Devletin egemen

¹³⁹ Karaoğlu, A.e., s. 173-180.

¹⁴⁰ Kayıhan v.d., A.e., s. 132-134.

¹⁴¹ Sornarajah, A.e., 304.

¹⁴² Giray, A.e., 34.

¹⁴³ Karaoğlu, A.e., s. 125-129.

olarak sözleşme yapması halinde uyuşmazlık, yatırım anlaşmasındaki uyuşmazlık çözüm yöntemine göre çözülecektir.

Şemsiye hükümler merkezin yargı yetkisinin belirlenmesinde önemlidir. Bu sebeple, hakem heyetleri tarafından yorumlanarak yatırım uyuşmazlığını çözecek merkezin yargı yetkisi tespit edilmektedir.

Yatırımcı ile ev sahibi devlet kendi aralarında bir yatırım sözleşmesi yaparak iç hukuk yollarının tüketilmesini tahkime başvurunun ön koşulu olarak belirlese de eğer kaynak ve ev sahibi devlet arasında iki taraflı yatırım anlaşması varsa ve bu anlaşmada böyle bir hüküm yoksa iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek kalmaksızın yatırım anlaşmasında yer alan yatırım uyuşmazlığı çözüm yöntemine başvurulacaktır.¹⁴⁴

İlk kez Fedax davası ile şemsiye hükümler hakem heyetlerinin önüne gelmiştir. Her anlaşmada farklı bir anlam ihtiva ettikleri için uyuşmazlıklara göre farklı kararlar çıkmaktadır. Hakem heyetleri önlerine gelen uyuşmazlığa göre, şemsiye hükümleri dar veya geniş olarak yorumlayabilmektedir. Dar yorumlamaya göre; yatırım sözleşmesinde şemsiye hüküm bulunması uyuşmazlığın doğrudan uluslararasılaşmasına sebep olmaz. Sözleşmeye dayalı bir uyuşmazlık, ev sahibi devletin ulusal yargısı aracılığıyla çözülmelidir. Yatırım sözleşmesi ile yatırım anlaşması arasında bağlantı olduğu takdirde, uyuşmazlık uluslararası nitelik kazanır. Geniş yorumlamaya göre; yatırım sözleşmesinde şemsiye hüküm bulunması uyuşmazlığın uluslararası nitelik kazanması için yeterlidir. SGS v. Pakistan davasında dar yorumlama, Fedax v. Venezuela davasında geniş yorumlama tercih edilmiştir.¹⁴⁵

H. YARGIYA ERİŞİM

Adil yargılama ve hukuki yollara başvurmadan zor kullanarak hakkını arama (ihkak-ı haktan imtina) ilkeleri ile beraber değerlendirilen bu ilke; tarafların yargıya erişimi, kendilerini savunabilme, yargılamanın her aşamasında eşit muamele, kararın verilmesinde ölçülülük gibi temel hukuk kurallarına ev sahibi devlet tarafından uyulmasını ifade etmektedir.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Zenginkuzucu, **A.e.**, s. 108-109.

¹⁴⁵ Katia Yannaca-Small, "What About This 'Umbrella Clause'?", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 488-493

¹⁴⁶ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 149.

I. KAMULAŞTIRMA

Mülkiyeti yabancı yatırımcıya ait maddi veya gayrimaddi malvarlıklarına ev sahibi devlet tarafından el konulması kamulaştırma olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁷ Devletin egemenlik yetkisine dayanan kamulaştırmanın ancak belirli şartlar altında yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu sebeple ev sahibi devlet, yatırım yapılması kararını egemenliği gereği dilediği gibi alabilirken yatırım kararı bir kere alındıktan sonra kamulaştırma kararında serbestçe hareket edemez. Kamulaştırmaya ilişkin kriterler gerek iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla gerekse hakem heyetlerinin kararlarıyla belirlenmektedir. Anlaşmalarda kamulaştırma bir hak olarak düzenlenemez, ama şartları ve sonuçları belirlenebilir.¹⁴⁸

BM Genel Kurulu'nun 1962 tarihli Devletlerin Doğal Kaynaklar Üzerindeki Sürekli Egemenlik Kararı kamulaştırmaya dair ilk uluslararası belge olup bu belgeye göre kamulaştırma; kamu yararı, kamu güvenliği veya ulusal çıkarlar için yapılan ve karşılığında tazminat ödenen bir hukuki işlemdir. Bu kararla kamulaştırmanın devletlerin egemenlik hakkı ile ilgili olduğu, hukuka uygun yapılması ve tazminat ödenmesi gerektiği tespit edilmiştir.¹⁴⁹

Yasal yapılmış bir kamulaştırmada yatırımcıya tazminat ödenir. Yasal olmayan bir kamulaştırmanın olması halinde, ev sahibi devletin sorumluluğu doğar. Böyle bir durumda öncelikle eski hale iade yapılması yoluna gidilir, bu mümkün olmadığı takdirde para ödenmesi düşünülebilir.¹⁵⁰ Hukuka uymayan bir kamulaştırma yapıldığında, kamulaştırma tazminatının yanı sıra işlemin kanunsuzluğu nedeniyle yabancı yatırımcının uğradığı zarar da ödenecektir. Uluslararası yatırım hukukunda, devletleştirme ve el koyma kamulaştırma başlığının altında değerlendirilmektedir. Devletleştirme tüm sektöre yönelik olup kamulaştırma bireyseldir.¹⁵¹

Yatırımcının mülkiyet hakkının tam olarak ihlal edilmediği, ancak ev sahibi devletin yaptığı işlem neticesinde yatırımın veriminin azaldığı durumlarda kamulaştırmanın veya benzeri işlemlerin varlığından bahsedilemez. Bu sebeple

¹⁴⁷ M. Ayhan Altıntaş, "Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar Ve Tahkim Kurulları", **Hazine Dergisi**, S. 10, 1998, s. 1-40, s. 6.

¹⁴⁸ Pınar Baklacı, "Uluslararası Yatırımlarda 'Dolaylı Kamulaştırma' Ve Düzenleyici Yetkiler", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S.1-2, 2008, s. 2.

¹⁴⁹ Altıntaş, **A.e.**, s. 7.

¹⁵⁰ Baklacı, **A.e.**, s. 7.

¹⁵¹ Kayıhan, **A.e.**, s.137-140.

yabancı yatırımcı, kamulaştırma nedeniyle değil, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine uyulmadığından zararının tazminini talep edebilir.¹⁵²

Kamulaştırma, doğrudan ve dolaylı kamulaştırma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

1. Doğrudan Kamulaştırma

Bu tip kamulaştırmada, ev sahibi devlet doğrudan yabancı yatırımcının işletmesine el koymakta ve mülkiyet ev sahibi devlete geçmektedir. Devlet, egemenlik yetkisini ileri sürerek yabancı yatırımcının mülkü üzerindeki tasarruf yetkisini elinden almaktadır. Ancak ev sahibi devletin yaptığı bu kamulaştırma işleminin hukuka uygun olması için kamu yararı amacıyla yapılması, kamulaştırma prosedürünün hukuka uygun şekilde işletilmesi, yabancı yatırımcıya ayrımcılık uygulanmaması ve kamulaştırma işlemi karşılığında yabancı yatırımcıya tazminat ödenmesi gerekmektedir.

Hukuka uygunluk şartlarından kamu yararı amacıyla yapılan kamulaştırma, bireylere veya azınlık gruplara hizmet edilmesini amaçlayan politik kaygılarla yapılmayan ve ekonomik amaçlarla tüm toplumun yararının hedeflendiği kamulaştırmayı ifade etmektedir. Kamulaştırma prosedürünün hukuka uygun şekilde işletilmesi, ev sahibi devletin ulusal hukukuna uygun bir biçimde kamulaştırma işlemlerinin yürütülmesidir. Yabancı yatırımcıya ayrımcılık uygulanmaması, ayrımcılık yapmama ilkesinin kamulaştırmadaki görünümü olup yerli ve yabancı yatırımcı arasında ev sahibi devletin kamulaştırma işlemini farklı uygulamamasını ve yabancı yatırımcının salt yabancı olması nedeniyle kamulaştırmaya maruz kalmamasını ifade etmektedir. Kamulaştırma tazminatı ile ilgili taraflar arasında bir anlaşma varsa kamulaştırma işleminin akabinde uygulanacaktır. Taraflar arasında bu hususta anlaşma olmasa dahi, ev sahibi devletin ulusal hukukundaki düzenlemelerin yabancı yatırımcıyı da kapsayacağı ve kazanılmış hak ile sebepsiz zenginleşme kuralları doğrultusunda yabancı yatırımcının tazminata hak kazanacağı kabul edilmektedir.

Taraflar arasında herhangi bir anlaşma yoksa kamulaştırma tazminatının hesaplanmasında Hull Formülünün uygulanacağı hakem heyetlerince kabul edilmekte ve uygulanmaktadır.* Hull Formülüne göre; kamulaştırma tazminatı derhal, yabancı yatırımcının zararını tam olarak tazmin edecek yeterli miktarda,

¹⁵² Kayıhan v.d., **Uluslararası Ekonomi Hukuku**, s. 203

karşılığı olan yani etkili ve çapraz kura dönüştürülebilecek bir para olarak tespit edilmelidir.¹⁵³ Anında, yeterli ve etkili nitelikte tazminat ödenmesini öngören Hull Formülüne göre, kamulaştırılan varlığın tazminatı makul bir süre içinde nakden ve peşinen yapılmalıdır. Derhal yapılamayan ödemelerde en azından haklı nedene dayanmayan bir gecikmenin olmaması öngörülmektedir. Yatırım anlaşmalarında genellikle olası gecikmeler için hüküm bulunmakta olup ticari faiz veya tarafların tespit edeceği bir faizin de gecikme durumunda ödenmesi kararlaştırılmaktadır.¹⁵⁴ Doğrudan yatırımlar kamulaştırıldığında, gelecekte getirecekleri kâr da göz önünde alınarak hakkaniyete göre bir tazminat belirlenmelidir.¹⁵⁵

Hull Formülü doktrinde kabul görmesine rağmen, uluslararası teamül kuralı niteliğinde sayılmamaktadır. Kamulaştırmanın hukuka uygunluğu şartları, uluslararası teamül kuralı olmasına rağmen tazminatın hesaplanması hususu teamül kurallarından kaynaklanmamaktadır. Bu sebeple anında, etkili ve tam karşılığı bir meblağ olmasa da tam karşılıktan daha düşük bir meblağın bedel olarak ödenmesi de kabul görmektedir.¹⁵⁶

Hull formülünün haricinde tazminatın hesaplanmasında kabul edilen bir diğer yöntem, kamulaştırma tarihinde yatırımın piyasa değerinin tespit edilmesidir. Yatırımın piyasa değeri üzerinden makul bir ödeme yapılması yolu da kamulaştırma tazminatı olarak kabul edilebilir.¹⁵⁷

Doktrinde ise kamulaştırmanın hukuka uygun olup olmamasına göre tazminatın belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Buna göre; hukuka uygun olarak yapılan kamulaştırma işlemlerinde tazminat taraflar arasındaki anlaşmada belirlenen değer üzerinden, hukuka uygun olmayan kamulaştırma işlemlerinde ise Hull Formülü'ne göre hesaplanmalıdır. Ancak taraflar anlaşmada hukuka uygun olsun veya olmasın kamulaştırma tazminatının hesaplanmasında Hull Formülü'nün uygulanmasını kararlaştırılmışsa bu formülün uygulanacağı kuşkusuzdur.¹⁵⁸

* Hull formülünün nasıl ortaya çıktığı için bakınız: Subedi, A.e., s.16-18.

¹⁵³ Kayıhan v.d., **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, s. 140-143.

¹⁵⁴ Arcas, A.e.

¹⁵⁵ Altıntaş, A.e., s. 10.

¹⁵⁶ İnci Ataman Fıganmeşe , "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.31, S.1. , 2011, s.124.

¹⁵⁷ Arcas, A.e.

¹⁵⁸ Kayıhan v.d., A.e., s. 143-144.

Bu konudaki ICSID içtihatlarına göre kamulaştırma, yatırım üzerindeki mülkiyet hakkının kısıtlanmasıdır. 2006 yılındaki ADC v. Macaristan davasındaki karara göre; ev sahibi devlet, taraflar arasındaki yatırım anlaşmasına veya sözleşmesine uygun olarak kamulaştırma yaptığı takdirde anlaşmadaki hükümlere göre tazminat bedeli hesaplanacak, anlaşmalara uyulmaksızın kamulaştırma yapıldığı takdirde uluslararası teamül hukukuna göre tazminat bedeli tespit edilecektir. Ayrıca bu karardan önce, tazminatın hesaplanması için başlangıç tarihi yatırımın el konulduğu tarih kabul edilirken bu kararla beraber hakem heyetlerinin uyuşmazlığa ilişkin karar verdikleri tarih tazminatın başlangıç tarihi sayılmaya başlanmıştır. Kamulaştırma tazminatı olarak yatırımın piyasa değeri yatırımcıya ödenir.¹⁵⁹

2. Dolaylı Kamulaştırma

Yabancı yatırımcının mülkiyet hakkına dokunulmaksızın bu hakkını kullanmasının kısıtlanması dolaylı kamulaştırmadır. Dolaylı kamulaştırma işlemi, daha ziyade fiili bir işlem olmakla beraber doğrudan kamulaştırma ile aynı sonuçları doğurmaktadır. Bir işlemin dolaylı kamulaştırma olarak kabulü için yatırımcının uğradığı zarar ile ev sahibi devletin uyguladığı işlem arasında illiyet bağının olması gerekmektedir. Bazı iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında, dolaylı kamulaştırmanın tanımlandığı görülmektedir.

Kamulaştırmanın tamamlanması bir veya birden fazla işlemin yapılması neticesinde olabilir. Birden fazla işlem neticesinde dolaylı kamulaştırmanın gerçekleşmesine, dolaylı kamulaştırmanın bir türü olan sürüngen- sinsi kamulaştırma denilmektedir. Sinsi kamulaştırma, kısa sürede yapılan eş zamanlı işlemler neticesinde gerçekleşir.¹⁶⁰

Bir eylemin dolaylı kamulaştırma olup olmadığının tespiti için etki doktrini yöntemine başvurulmaktadır. Buna göre gerçekleştirilen işlemin yabancı yatırımcının mülkiyet hakkını kullanması üzerindeki etkisi, yani mülkü üzerinde kontrolünün olup olmadığı tespit edilmektedir. Yapılan incelemelerde ev sahibi devletin işlemi yapma maksadı araştırılmamakta, ev sahibi devletin yaptığı işlemle zenginleşmesi şartı dikkate alınmamaktadır. Bir diğer yöntem, dolaylı kamulaştırma kabul edilecek işlemin yatırımcıya ekonomik etkisinin araştırılmasıdır. Yatırımcı lehine tazminata

¹⁵⁹ Giray, A.e., s. 36-37.

¹⁶⁰ Baklacı A.e., s. 9-12.

hükmedebilmek için yatırımın ekonomik değerinin büyük kısmını yitirmesi beklenmektedir. Kimi davalarda, devletlerin kamulaştırma yaparken yatırımcının meşru beklentilerine saygı duyulması gerektiğinden bahisle meşru beklenti kavramına göre dolaylı kamulaştırma araştırması yapılmaktadır.¹⁶¹

Dolaylı kamulaştırma işlemi, doğrudan kamulaştırma gibi resmi prosedürle yapılmadığı için tespiti zordur. Hakem heyetlerince bir işlemin dolaylı kamulaştırma kabul edilebilmesi için yatırımcının yatırımını tam kapasite kullanamaz hale gelmesi ve dolayısıyla mülkiyet hakkından tam yararlanması veya elde etmeyi planladığı gelirden mahrum kalması ve ev sahibi devletin dolaylı kamulaştırma sayılacak işleminin sürekli olması gerekmektedir. Öte yandan dolaylı kamulaştırmanın, yabancı yatırımcının yatırım sözleşmesi ile elde ettiği haklarına yapılması da mümkündür. Ancak bu durumun gerçekleşmesi için ev sahibi devletin sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi tek başına yeterli olmayıp egemenlik yetkisine dayanarak bir ihlal gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Dolaylı kamulaştırma için ödenmesi gereken tazminat iki yöntemle tespit edilmektedir. Bunlardan ilki olan özel değerlendirme yöntemine göre, yabancı yatırımcının uğradığı her zarar kalemi ihlal öncesi ve sonrası olmak üzere tespit edilirken ikinci yöntem olan cinsine özgü yöntemde ise yatırım bir bütün olarak ele alınıp ihlal öncesi ve sonrası olmak üzere tazminat hesaplanır.¹⁶²

Ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerine dayanarak yaptığı işlemlerin kamulaştırma sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Kamulaştırma sayılmaması gerektiğini savunan görüşe göre, bu işlemler kamu düzeninin işlemesi için şart olduğundan kamulaştırma sayılamaz ve tazminat ödenmesi söz konusu değildir. Keza kimi düzenleyici işlemlerin kamulaştırmadan sayılmayacağı iki veya çok taraflı anlaşmalarla da hüküm altına alınmaktadır.¹⁶³

IV. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE ULUSLARARASI YATIRIMLARIN SİYASİ GÖRÜNÜMÜ

Uluslararası yatırım hukuku, uluslararası sermaye hareketlerinin gelişimi ve değişimi ile paralel şekilde değişime uğramıştır. Günümüzdeki yatırım tahkimini

¹⁶¹ Cansu İste, **ICSID Tahkiminde Ev Sahibi ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 101-103.

¹⁶² Kayıhan v.d. , **A.e.**, s. 144-146.

¹⁶³ Baklacı **A.e.**, s. 15-16.

anlamanın yolu, bu tarihsel değişimleri dikkate almaktan geçmektedir. Zira sömürgecilik döneminden beri devam eden tartışmalar, günümüzde bile farklı isim altında olsa dahi sürmektedir. Bu sebeple ekonomi literatürünün kabul ettiği -ve siyaset literatürünün tasnifi parantez içinde gösterilerek- tasniften yola çıkılarak sermaye hareketlerinin yaşadığı dönemsel değişimlerle bu değişimlerin yatırım hukukuna özellikle yatırım anlaşmaları ile sözleşmelerine yansımaları beraber incelenmiştir.

A. BRETTON WOODS SİSTEMİNDEN ÖNCEKİ DÖNEM (SÖMÜRGEÇİLİK DÖNEMİ)

1. Dönemin Ekonomik Koşulları ve Konusu Yatırım Olan Anlaşmalar

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bazı devletlerin borçlanma senetlerinin uluslararası kapsamda satışa çıkması ile uluslararası sermaye hareketleri başlamıştır. 1870'lerden 1. Dünya Savaşı'na kadarki dönemde, ulusal para birimlerinin değerinin altınla belirlendiğı ve döviz kurunun istikrar kazandığı altın standardı denilen dönem yaşanmış, 1900'lerden itibaren Avrupa merkezli küresel bir ekonomi oluşmaya başlamıştır.¹⁶⁴ Altın standardı ile dolaşıma sokulacak paranın altın olarak karşılığı ve dolayısıyla altın arzı belirlenmektedir. Bu dönemde, altın para herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın ithalatı ve ihracatı serbestçe yapılabilen bir para birimi olarak kabul görmüştür. Bu dönemde, devletlerin dış ekonomik dengeleri faiz hareketleriyle sağlanmakta olup dış dengesinde açık bulunan devlete sermaye akışı yaşanmıştır.¹⁶⁵

Uluslararası ekonomik ilişkiler eskiye dayanmasına karşın, yabancıların bir devlette yatırım yapması halinde herhangi bir korumadan faydalanabilmesi bu ilişkilere kıyasla oldukça yenidir. 17. yüzyılda kurulan ticaret şirketleri uluslararası ekonominin gelişimine katkı sağlamıştır. Bu şirketler, sermaye ihraç eden devletlerin kontrolünde olup yatırım hukukunun gelişmesinde rol oynamıştır.

Yabancıların mülkiyetinin korunması fikri, Avrupalı devletlerin karşılıklı hukuki düzenlemelerinden doğmuştur. Ayrıca Kuzey Amerika'nın da uyguladığı ticari genişleme faaliyeti ile de yakından ilgilidir. Sömürgecilik dönemi olarak da kabul edilen bu dönemde, uluslararası hukuk bu yayılmayı kolaylaştırarak meşruiyet

¹⁶⁴ Keskin, **Finansal Serbestleşme Sürecinde Uluslararası Sermaye Hareketleri Ve Makroekonomik Etkileri: Türkiye Örneğı**, s. 34-35.

¹⁶⁵ Havva Tunç, **Uluslararası Ticaret, Para ve Finans**, İstanbul, Alfa Yayınları, 2004, s. 292-293.

sağlamıştır. Uluslararası yatırım hukuku ise Avrupalı devletlerin bu kuralları; sömürgecilik, askeri müdahale veya ticari baskı ile sömürülen devletlere dayatması ile doğmuştur.

Günümüzdeki ikili yatırım anlaşmalarının öncülü kabul edilen dostluk, ticaret ve ticaret anlaşmalarının 18. yüzyılda ortaya çıkması ile yatırım hukukunun ilk kaynağı doğmuştur.¹⁶⁶ ABD ile Fransa arasındaki 1796 yılındaki yabancıların mallarının korunmasını kapsayan dostluk, ticaret ve denizcilik anlaşması, bu tür anlaşmalara ilk örnektir. Bu anlaşmalar, ticarete ve yatırımlara ilişkin hükümler ihtiva etmekle beraber taraflar arasında birer ittifak anlaşması niteliği de göstermektedir. Yatırımla ilgili hükümler, yabancıların mallarının korunması ile sınırlı olup mülkiyet hakkının görünümünden ibarettir.¹⁶⁷ Bu dönemde ayrıca teslim olma anlaşmaları ile imtiyazlar da sermaye ithal ve ihraç eden devletler arasında akdedilmiştir. Nihayetinde dostluk ve ticaret anlaşmaları, tek taraflı hak bahşeden teslim olma anlaşmaları veya imtiyazlar aracılığıyla uluslararası hukuk zemini sağlanmıştır. Özellikle 18. ve 19. yüzyıllar boyunca Batı hegemonyasını sağlamak için bu anlaşmalarla uluslararası hukuk kullanılmıştır. 19. yüzyılda diplomatik koruma kavramı gelişmiştir. Bu dönemde yabancı yatırımcıların ve yatırımların korunması; mülkiyet hakkı, ulusal muamele, uluslararası asgari muamele ve diplomatik koruma kavramlarının tartışılması ile gelişmiştir.¹⁶⁸

2. Calvo Doktrini

Sömürgelerin sona ermesi ile Latin Amerika'da kurulan yeni devletlere ABD yatırım yapmaya devam etmiştir. Ancak yaşanan bu siyasi gelişmeler neticesinde yatırımcılarının korunması için yeni bir düzene ihtiyaç vardı ve ulusal hukukları dışlayan uluslararası yatırım hukukunun gelişimine bu ihtiyaç şekil vermiştir. ABD'nin yatırımcılarını korumak için geliştirdiği argümanlar; yatırımlar sayesinde ekonomik kalkınmanın sağlanacağı, hukukun üstünlüğü anlayışı ve ulusal yargının dışında harici bir yargı mekanizmasının oluşturulmasıdır. Bu bağlamda ABD yabancıların vatandaşla aynı muameleye tabi tutulmasını talep etmiş, ABD'nin bu talebine Latin Amerikalı devletler tarafından karşı çıkmıştır. Bu karşı çıkışa göre; yabancılar kendi istekleri ile gelip yatırım yapmaktadır. ABD veya Avrupa ülkelerinde

¹⁶⁶ Kate Miles, **The Origins of International Investment Law Empire, Environment and the Safeguarding of Capital**, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 22-24.

¹⁶⁷ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 92-93.

¹⁶⁸ Miles, **A.e.**, s. 25-26.

ulusal muamele ilkesi mevcut değildir ve yabancılar tamamen ulusal mevzuata tabidir. Sadece Latin Amerika'ya özgü hukuk kuralı geliştirilmeye çalışılmaktadır. Bahsi geçen kuralın uluslararası bir niteliği olmayıp başka devletler tarafından uygulanmadığından teamül haline gelmemesi nedeniyle kabulü mümkün değildir. Calvo Doktrini bu karşı çıkıştan doğmuştur.¹⁶⁹

19. yüzyılın ikinci yarısında Arjantinli hukukçu Carlos Calvo tarafından geliştirilen Calvo Doktrini, üç temel prensibe dayanmaktadır. Bunlardan ilki, yerel ve yabancı yatırımcılar arasında mutlak eşitlik sağlanması, ikincisi yabancı yatırımcıların yaptıkları yatırımların ve mülklerinin ev sahibi devletin mevzuatına tabi olması ve üçüncüsü yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki olası uyuşmazlığın ulusal yargı ile çözülmesidir. Ancak bu üç prensip yerine getirildiğinde yabancı yatırımcının diplomatik koruma hakkı olmalıdır.¹⁷⁰ Neticede Calvo doktrinin amacı, devletin egemenliğine dayanarak ulusal yargı organının işlemlerini sağlamak ve bu hususta yapılacak her türlü diplomatik ve askeri müdahalelerin önüne geçmektir.¹⁷¹ Calvo Doktrini, ulusal muamele ve uluslararası asgari standartlar arasındaki çekişmenin tezahürü olarak görülmelidir. Calvo Doktrini, ulusal muamele savunucularının ileri sürdüğü bir doktrindir.¹⁷² Calvo Doktrini, ilerleyen yüzyılların konusu olmaya devam etmiştir. Yatırım hukuku alanında Latin Amerika ile ABD - Avrupa ülkeleri arasında süregelen bu ikilik günümüzde dahi farklı biçimde sürmektedir.

3. Dönemin Sonu

1920'lerin başında altın arzındaki azalış, devletlerin kısıtlı altın yerine ellerinde döviz bulundurmaya tercih etmeleri ve altın kıtlığının oluşması korkusu nedeniyle altın-döviz standardı sistemi gelişmiştir.¹⁷³ Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra artan enflasyon, altın standardı sisteminden tamamen kopuşu beraberinde getirmiş ve iki dünya savaşı arası dönemde yaşanan ekonomik sıkıntıların ve

¹⁶⁹ Muthucumaraswamy Sornarajah, "Resistance to Dominance in International Investment Law", **Handbook of International Investment Law and Policy**, Ed. by Julien Chaisse, Sufian Jusoh, Leïla Choukroune, Singapore, Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2019, (Çevrimiçi)

https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-981-13-5744-2_49-1, 26.09.2020.

¹⁷⁰ Subedi, **A.e.**,s. 14-15.

¹⁷¹ Zenginkuzucu, **A.e.**,s. 29.

¹⁷² Miles, **A.e.**,s. 49-52.

¹⁷³ Tunç, **A.e.**,s. 296-297.

özellikle 1930 buhranının sebebi uluslararası sermaye hareketleri olarak görülmüş ve devletler sermayeyi denetlemeye başlamıştır.¹⁷⁴ Altın standardının tamamen çökmesi ile farklı bölgelerde birbirinden kopuk para blokları oluşmuş ve bu bloklar kendi içlerinde ticari faaliyetler yürütmüştür.¹⁷⁵

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra yatırım hukukunda yaşanan gelişme, Sovyetler'in kuruluşu ve Meksika tarım devrimi ile ortaya çıkan millileştirme hareketleridir. Bu dönemde, kamulaştırma faaliyetinin arazi reformunun bir parçası olarak yapılması halinde, yabancı yatırımcıya tazminat ödenmemesi gerektiği savunulmuştur.¹⁷⁶

B. BRETTON WOODS SİSTEMİ VE ULUSLARARASI FİNANSAL ÖRGÜTLER (SÖMÜRGE SONRASI DÖNEM)

1. Bretton Woods Sistemi'nin Kuruluşu

İkinci Dünya Savaşı devam ederken yeni bir uluslararası para sisteminin kurulması, döviz kurlarında istikrarın sağlanması ve dünya ticaretinin serbestleştirilmesi çoğu devlet tarafından destekleniyordu. 1944 yılında oluşturulan ve 1945 yılının sonuna kadar devletlerin imzasına açık tutulan Bretton Woods Anlaşması, 44 ülkenin katılımıyla imzalanmış ve 1947 yılında yürürlüğe girmiştir.¹⁷⁷ Bu anlaşma ile başta ABD ve İngiltere'nin önderliğinde sabit kur rejiminin tesis edildiği ve sermayenin denetim altına alındığı, uzun dönemli istikrarın amaçlandığı ve bu sebeple finansal dalgalanmaların ve spekülasyon sermaye hareketlerinin önüne geçilmeye çalışıldığı, Amerikan dolarının altına, diğer ulusal para birimlerinin ise dolara bağlandığı Bretton Woods sistemi inşa edilmiştir.¹⁷⁸ Bretton Woods sistemi ile devletler arasında dış ticaretin serbestçe yapılması, paraların konvertibilesi ve ithalatta gümrük ve sınırların kaldırılması sağlanmıştır. Ayrıca ödemeler bilançosu açık veren bir ülkenin son yol olarak ve IMF'den de izin almak kaydıyla devalüasyona başvurması kararlaştırılmış, bilançosu açık veren ülkelerin önce döviz rezervlerini tüketmesi, akabinde IMF'den kredi alması şart koşulmuştur. Doların

¹⁷⁴ Keskin, A.e.,s. 35.

¹⁷⁵ Tunç, A.e.,s. 299-300.

¹⁷⁶ Miles, A.e.,s. 74-75.

¹⁷⁷ Tunç, A.e.,s. 303-304.

¹⁷⁸ Keskin, A.e.,s. 36.

ödeme ve rezerv para aracı olarak kabul edilmesiyle dolar, sistemde ayrıcalıklı bir yer edinmiştir.¹⁷⁹

2. Uluslararası Finansal Örgütler

Bretton Woods Anlaşması ile sistemin işlerliğinin temini için 1945 yılında BM Para ve Finans Konferansı'nda Dünya Bankası (DB) ve Uluslararası Para Fonu (IMF) kurulmuştur. IMF, uluslararası para sistemin işlerliğini ve dengesini koruma, DB ise kaynak dağılımının eşitsizliğini giderme amacıyla kurulmuştur.¹⁸⁰ IMF uluslararası mali ilişkileri düzenlemekle ve uluslararası sabit kuru denetlemekle, DB ise Avrupa devletlerinin ekonomisinin yeniden inşası ve az gelişmiş ülkelerin ekonomisinin büyümesinin sağlanması için mali yardım temin etmekle görevlendirilmiştir.*¹⁸¹

a. Uluslararası Para Fonu (IMF)

BM uzmanlık kuruluşlarından biri de olan IMF, tüzel kişiliğe haizdir. BM'nin yönetimi veya denetimi altında olmayan IMF, BM'den herhangi bir talimat da almamaktadır.¹⁸² Kuruluş anlaşmasında belirtildiği üzere IMF'nin amaçları; uluslararası para politikalarında işbirliği sağlamak ve geliştirmek, uluslararası ticaretin dengeli şekilde yürütülmesini sağlamak, para birimlerinde istikrarı sağlamak, kambiyo kısıtlamalarını kaldırılmak, üye devletlerin ödemeler dengesindeki bozulmaları düzeltmelerini sağlamaktır.¹⁸³ Üye devletlerin döviz kurlarında yapacakları değişiklikler için IMF'den izin almaları gerekmektedir. Üye devletlerin ödemeler dengesinde bozulma yaşandığında üye devlet, fondaki kendi kotasından alınmak şartıyla IMF'den borç alabilir. Fonun kaynağı, üye devletlerin katılım esnasında verdiği altın ve ulusal para ödemelerinden oluşmaktadır.¹⁸⁴

IMF'nin guvernörler kurulu, yönetim kurulu ve genel direktörlük (IMF başkanı) olmak üzere üç organı bulunmaktadır. Guvernörler kurulu; üye devletlerin merkez bankası başkanları veya hükümet temsilcilerinin katılımıyla senede bir kere toplanır.

¹⁷⁹ Tunç, A.e., s. 304-306.

¹⁸⁰ Rıdvan S. Karluk, **Uluslararası Kuruluşlar**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 319,373-374.

* Bu konu hakkında detaylı bilgi için bakınız: İlker Parasız, **Uluslararası Ekonomik Mali Kuruluşlar Ve Oluşumlar**, Bursa, Ezgi Kitabevi, 2004.

¹⁸¹ Keskin, A.e., s. 35.

¹⁸² Kayıhan v.d., **Uluslararası Ekonomi Hukuku**, s. 238.

¹⁸³ Karluk, A.e., s. 321.

¹⁸⁴ Tunç, A.e., s. 306-307.

Konseyin görevi; yıllık raporun ve hesapların onaylanması ile başkan ve yönetim kurulunun seçilmesinden ibarettir. Üyelerin fona katılma oranlarına göre kurulda oy hakkı vardır. Yönetim Kurulu, IMF'nin günlük işlerini yürütür ve Guvernörler Kurulu'nun kendisine devrettiği yetkileri kullanır. Yönetim kurulu tarafından 5 yıl için atanan genel direktör yani IMF başkanı, günlük işlerin yürütülmesinden sorumlu olup yönetim kuruluna başkanlık eder.

b. Dünya Bankası (DB)

1947 yılında BM'nin ihtisas kuruluşuna dönüşen DB; Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (IBRD) ve Uluslararası Kalkınma Birliği (IDA) isimli iki kurumdan oluşmakta, bünyesindeki birbiriyle bağlantılı kalkınma kuruluşları ile beraber Dünya Bankası grubu olarak anılmaktadır.¹⁸⁵

DB'nin temel amacı; gelişmekte olan ülkelere mali kaynak sağlamak, yoksulluğu kaldırarak yaşam koşullarının iyileşmesine katkı sunmak, ticaretin gelişmesini sağlamak ve doğrudan yabancı yatırımları teşvik etmektir. DB'ye üye olmak için önce IMF'ye üye olmak şarttır.¹⁸⁶

DB'nin; guvernörler konseyi, yönetim kurulu ve başkan olmak üzere üç organı vardır. Guvernörler konseyinin görevi; yeni üyelerin kabulü ile gelir dağılımını ve bütçeyi belirlemedir. Yönetim kurulunun görevi, DB'nin genel işlemlerinin yürütülmesidir. Başkan ise yönetim kurulu tarafından seçilir ve DB içindeki tüm kuruluşların da başkanlığını yürütür.¹⁸⁷

DB; kredi, kefalet veya hibe yöntemiyle kalkınma projelerini desteklemektedir. DB, devletleri değerlendirerek kredi verdiği için hangi ülkelere yatırım yapılması veya yapılmaması hususunda yol göstericidir. Ayrıca bu usül, gelişmiş devletlerden transfer edilecek yatırımların doğru aktarılmasını ve azgelişmiş ülkelerin büyümesine hizmet eder.

Dünya Bankası; 1960'larda üretim ve altyapı projelerine, 1970'lerde kırsal bölgelerde kalkınma projelerine, 1980'lerde azgelişmiş ülkelere yaşanan ekonomik krizler nedeniyle yapısal uyum ve özelleştirme politikalarına destek vermiştir. Dünya

¹⁸⁵ Karluk, A.e., s. 326-328, 373.

¹⁸⁶ Zenginkuzucu, A.e., s. 53.

¹⁸⁷ Karluk, A.e., s. 382-383.

Bankası 1980'lerden sonra enerji sektöründe yabancı yatırımlara destek sağlamaya yönelmiştir.¹⁸⁸

DB grubunun tasnifinde doktrinde farklılıklar vardır. DB'nin resmi internet sitesindeki organizasyon şemasına göre DB grubu; DB (IBDR ve IDA), Uluslararası Finans Kurumu (IFC), Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı (MIGA) ve Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) olmak üzere 4 kuruluştan oluşmaktadır.¹⁸⁹

c. Dünya Bankası Grubu (Dünya Bankası Bünyesindeki Kuruluşlar)

(1) Dünya Bankası (DB)

i. Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (IBRD)

Gelişmekte olan devletlere uygun kredilerle borç verme ve uluslararası sermaye piyasalarında aksaklık yaşanmasının önüne geçerek yoksullukla mücadele etme temel amacıdır.¹⁹⁰

ii. Uluslararası Kalkınma Birliği (IDA)

Gelişmişlik düzeyi en alt seviyede olan devletlerin gelişmesini sağlamak amacıyla faizsiz kredi ve hibe temin etmektedir.¹⁹¹

(2) Uluslararası Finans Kurumu (IFC)

IBDR ve IDA, geliştirmekte olan ülkelerin kamusal kesimine yardıma bulunurken IFC, bu ülkelerdeki özel sektörü finanse ederek özel sektörün yatırımlarını ve bu sektördeki şirketleri desteklemeyi amaçlar.

(3) Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı (MIGA)

1988 yılında kurulan MIGA, geliştirmekte olan ülkelere yabancı yatırımları yönlendirir ve yabancı yatırımcıları transfer zorluklarına, ticari olmayan politik istikrarsızlık, kamulaştırma gibi risklere karşı garanti altına alır.¹⁹²

¹⁸⁸ Özlem Küçük, "Dünya Bankası Ve İktisadi Büyüme Formülü: Yabancı Sermayenin Harekete Geçirilmesi", **Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C.3, S.3, 2019, s. 501-523, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sisad/issue/50149/598879>, 08.12.2019.

¹⁸⁹ (Çevrimiçi) <https://www.worldbank.org/en/about/leadership> 26.12.2020

¹⁹⁰ Küçük, A.e.

¹⁹¹ Karluk, A.e., s. 404.

¹⁹² Kayıhan v.d., **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, s. 28.

(4) Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID)

1965 yılında Washington Anlaşması'nın imzaya açılmasıyla 1966 yılında kurulmuştur. Yatırımcılar ile ev sahibi devlet arasında yaşanan uyuşmazlıkların çözümü için güvenilir bir çözüm merciinin olmaması ve yaşanan uyuşmazlıkların yatırımların teşvikinde ve yapılmasında engel teşkil etmesi merkezin kurulmasını sağlamıştır.¹⁹³ Merkez, üye devletlerden birinin uyuşmazlıkta bulunan yatırımcı ile diğer üye devlet arasındaki yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim veya arabuluculuk usulüyle çözülmesini sağlar. Merkezin üyeleri hukukçu olmak zorunda değildir, ancak yatırım ve ticaret konusunda uzmanlaşmış olmak ön şarttır.¹⁹⁴

3. Bretton Woods Sistemi Süresince Yatırım Hukukunda Yaşanan Gelişmeler

a. Bağımsızlık Hareketleri Ve Millileştirmeler

İkinci Dünya Savaşı'nın akabinde bağımsızlığını yeni kazanan devletler, yabancı yatırımlara karşı millileştirme politikaları izlemiştir. Bu dönem aynı zamanda, bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin küresel ekonomiyi ve onun hukuk doktrinini şekillendirme çabasını içermektedir.¹⁹⁵

Calvo Doktrinin evrenselleşmesi, 1940'ların sonunda bağımsızlık hareketleriyle gerçekleşmiştir. Bu dönemde bağımsızlıklarını yeni kazanan devletler, kendi kaderini tayin hakkından yola çıkarak doğal kaynakları üzerinde tam egemenlik sağlamak ve ekonomilerindeki yabancı şirketlerin etkisinden kurtulmak için kaynak temelli ekonomi politikaları geliştirmiştir.¹⁹⁶

1948 yılında kurulan Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü yatırımların teşviki, yatırımcının korunması ve millileştirmelerin önüne geçmek amacıyla kurulmuştur. Bu sayede bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin hukuka müdahalesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.¹⁹⁷

¹⁹³ Gloria Maria Alvarez, "The ICSID Procedure: Mind the Gap", **Revista E-mercatoria**, Vol. 10, No. 2, 2011, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1987236, 17.05.2020.

¹⁹⁴ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 29.

¹⁹⁵ Miles, **A.e.**, s. 78-79.

¹⁹⁶ Sornarajah, **A.e.**

¹⁹⁷ Zenginkuzucu, **A.e.**, s. 77.

b. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları (Yatırım Koruma ve Teşvik Anlaşmaları) Ve Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararasılaşması

İki taraflı yatırım anlaşmalarını hazırlayan iki tarihi gelişme vardır. Bunlardan ilki; sömürgelerin İkinci Dünya Savaşı ile bağımsızlıklarını tamamen kazanmaları, sermaye ihraç eden eski emperyal devletlere karşı ekonomilerini ve doğal kaynaklarını koruma kaygıları nedeniyle yabancı yatırımcıların karşılaştığı zorluklardır. İkinci olarak, yapılan doğrudan yatırımlar hammaddelerin çıkarılmasına veya ithal ikameci politikalara uygun olarak imalatla ilgili sanayilere yönelmişti. Sermaye ihraç eden devletler, ev sahibi devletlerdeki ekonomi politikaları nedeniyle kamulaştırmaya maruz kalmamak için iki taraflı yatırım anlaşmaları yapmaya istekliydi. Ayrıca bu anlaşmalar, daha fazla piyasaya erişimin anahtarı olarak görülüyordu.¹⁹⁸

Bugünkü iki taraflı yatırım anlaşmalarının ilki, 1959 yılında Almanya ile Pakistan arasında imzalanmıştır. Yatırım anlaşmaları, iki devlet arasındaki ticari ilişkilerin artması amacıyla ve dostluk göstergesi olarak doğdu. Bu sayede, anlaşmanın tarafı olan devletin ülkesine kolaylıkla girilebiliyor ve yabancı yatırımcı yerli yatırımcılarla eşit şekilde hareket edebiliyordu. Bu husus diğer devletler tarafından da örnek alınarak sayısı binleri bulan yatırım anlaşmaları akdedildi.

İkinci Dünya Savaşı'ndan evvel devlet ile yatırımcı arasında petrol konusunda yapılan yatırım sözleşmeleri de mevcuttur. Bu sözleşmelere göre; ev sahibi devletten petrol çıkaran yatırımcı petrolden belirli bir pay alma hakkına sahiptir.¹⁹⁹ 1950'lerden itibaren ulusal hukuktan bağışık tahkim hükümleri içeren yatırım sözleşmesinin bir türü olan imtiyaz sözleşmeleri akdedilmiştir. İmtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesi, yatırım sözleşmelerinin uluslararasılaşmasına sebep olmuştur. Bu sözleşmelerin yapılmaması halinde, ulusal hukukta olası değişiklikler nedeniyle yatırımcının gelmeyeceği ve ulusal hukuktan bağımsız bir tahkimin yatırım çekmek için şart olduğu algısı, yatırım sözleşmelerinin uluslararasılaşmasının sebebidir. Kuşkusuz bu sözleşmelerin akdedilmesi, sermaye ihraç edenlerin talebiydi. Yani bu dönemde yatırımcının şahsının korunmasının yerine, sözleşmeler ile tarafların korunması ilkesine geçilmiş ve yatırımcı sözleşmeler vasıtasıyla korunmuştur. Sermaye ithal eden devletlerin rızaları ile sözleşme yaptıkları kabul edilmesine rağmen, esas menfaati şirketler sağlıyordu. Geliştirilen bu sözleşme

¹⁹⁸ Echandi, **A.e.**, s. 7.

¹⁹⁹ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 118.

hükümlerinin, çok uluslu şirketler tarafından sözleşmelere konulduğu ve sermaye ihraç eden devletler tarafından da uluslararası hukuk kuralı olarak sunulduğu unutulmamalıdır.²⁰⁰

Bu dönemde yapılan yatırım sözleşmelerinin konusu petrol çıkarma ile ilgilidir. Yapılan sözleşmeler, bir önceki döneme kıyasla ev sahibi devlet lehine olmuştur. Sözleşmeler; petrol çıkarıldıktan sonra elde edilecek kazancın ev sahibi devlette kalmasına ve ev sahibi devletin şirketleri aracılığıyla bu sürecin yönetilmesine ilişkin hükümler ihtiva etmektedir.²⁰¹

Bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin hukuki anlamda elde ettiği başarılarından biri, 1962 yılında BM Genel Kurulu'nda kabul edilen Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenlik Kararı'dır. Bu kararla, bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin uluslararası yatırım hukukuna dair kendi kurallarını belirleme çabaları ve Calvo Doktrinin evrenselleşmesinin bir başka boyutu görülmektedir.²⁰²

1962 yılındaki genel kurul kararı ile kamulaştırma ve tazminat kuralları da tespit edilmiştir. Buna göre; kamulaştırma ancak kamu yararı, kamu güvenliği veya milli menfaat gerekçesiyle yapılabilecek ve anlaşma olmaması halinde bu konuda yaşanan uyuşmazlık ulusal yargı önünde çözülecektir.²⁰³

1962 yılındaki kararla getirilen tazminata dair hükümler, yatırım anlaşmalarının artışıdaki bir diğer sebep olarak kabul edilmelidir. Zira tazminatların uluslararası bir belgeyle kısıtlanması, sermaye ihraç eden devletlerin kanunu dolanmasına sebep olmuş ve gelişmekte olan devletlerle ikili anlaşmalar yapmaya sevk etmiştir. Bu sayede ev sahibi devlet, çeşitli uluslararası anlaşmalardan ve uluslararası hukuk kurallarından yararlanmadan anlaşma imzalamak durumunda kalıyordu. Bu anlaşmalar, kendi formlarını ve kurallarını geliştirerek yatırımcıyı korumaya yönelik olmuştur.²⁰⁴

²⁰⁰ Sornarajah, **A.e.**

²⁰¹ Kayıhan v.d., **A.y.**

²⁰² Sornarajah, **A.e.**

²⁰³ (Çevrimiçi) https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020095459bm_33.pdf, 27.12.2020

²⁰⁴ Leon E. Trakman, Nicola W. Ranieri "Foreign Direct Investment: A Historical Perspective", **Regionalism in International Investment Law**, Ed. by Leon E. Trakman, Nicola W. Ranieri, Oxford, Oxford University Press, 2013, s.18-19.

c. Bir Karşı Duruş Olarak ICSID'in Kuruluşu: Yatırım Hukukunda Depolitizasyon Çabası

Yatırım hukukunda bir sonraki dönem ise ICSID'in kurulmasıyla başlamaktadır. ICSID'in kuruluşunu, İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren gelişmiş ülkelere karşı yükselen itirazlara bir karşı cevap olarak nitelendirmek mümkündür. ICSID'in kuruluşu; özellikle Batılı devletlerin, bağımsızlığını yeni kazanmış devletlerin yatırım hukuku doktriniyi şekillendirme çabalarına karşı bir itiraz olarak görülebilir. Bu karşı itiraz iki şekilde sağlanmıştır. Bunlardan ilki, ikili yatırım anlaşmaları ve tahkim merkezi aracılığıyla bir yatırım rejimi oluşturma çabasıdır. Özellikle Calvo Doktrini'nin evrenselleşmesinin önü kesilmeye çalışılmış ve bu doktrine, oluşturulmak istenen rejimde yer verilmemiştir. İkinci olarak ICSID ile uyuşmazlıklar depolitize edilerek yani siyaset dışı bırakılarak gelişmekte olan devletlerin BM Genel Kurulu aracılığıyla doktrini yönlendirmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.²⁰⁵

Depolitizasyon, yatırım anlaşmaları ile geliştirilen kurallarla da desteklenmiştir. Buna göre; yatırımcılar çeşitli ilkelerle korunuyor, diplomasi tercih edilmiyor, ulusal yargı yerine uluslararası tahkim uyuşmazlıkların çözümü için kabul ediliyordu.²⁰⁶

ICSID'in kurulması ile yatırım anlaşmalarına uyuşmazlıkların çözüleceği merciin ICSID olacağı hüküm altına alındı. Her ne kadar kurallar bu şekilde olsa da 1990'lardaki doğrudan yabancı yatırım furasına kadar taraflar ICSID'e başvurmayı tercih etmedi.²⁰⁷

4. Bretton Woods Sisteminin Çöküşü

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra; ABD'nin dünya altın rezervinin çok önemli bir payına sahip olması ve yıkılan Avrupa devletlerinin tüm ithalatını ABD'den yaparak kendi içlerinde ticari ilişki kurmamaları, ABD'nin ihracatta fazla vermesine neden olmuştur. Öte yandan ABD, sağladığı ekonomik yardımlar ve savunma giderleri nedeniyle ödemeler bilançosunda açık da vermiştir. Ancak Avrupa devletleri ile yapılan ihracat sayesinde ekonomide denge söz konusuydu. 1960'lara gelindiğinde ABD'nin Vietnam Savaşı ile girdiği askeri harcamalar ve Avrupa

²⁰⁵ Miles, **A.e.**, s. 87-88.

²⁰⁶ Trakman v.d., **A.e.**, s. 19-20.

²⁰⁷ Sornarajah, **A.e.**

devletleri ile Japonya'nın ekonomilerinde yaşanan büyümeler, ABD'nin ihracatını daraltarak enflasyonist baskı oluşmasına sebep olmuştur.²⁰⁸

1940'lı yıllardan itibaren süregelen hızlı büyüme ve 1960'larda artan sermaye hareketlerinin sabit kurlar üzerindeki spekülâtif baskısı Bretton Woods sisteminin çözülüşünde rol oynamıştır. Zira döviz kurları dalgalanmaya başlayınca, kâr sağlama olanağı ortaya çıkmış ve artan spekülâtif sermaye hareketlerini denetlemek mümkün olmadığı gibi ekonomik çıkarlara zarar vermiştir. 1970'lerde büyüme iyice yavaşlamış, büyümenin yavaşlaması sistemi işlemez hale getirmiş ve sermayenin riske rağmen uluslararası portföy yatırımına yönelmesine sebep olmuştur.²⁰⁹

Bretton Woods sistemi ile getirilen uluslararası düzenlemeler, yaşanan teknolojik gelişmeler ve ucuz hammadde ile devletler ekonomik olarak gelişmeye başlasa da 1970'li yıllara gelindiğinde teknoloji nedeniyle emeğin veriminin düşmesi ve hammadde fiyatlarında yaşanan artış ile büyüme durmuş ve 1973 yılında Bretton Woods sistemi çözülmüştür.²¹⁰

C. FİNANSAL SERBESTLEŞME VE KÜRESELLEŞME

1. Ekonomi Politikalarında Yaşanan Değişimler

Bretton Woods'un çökmesiyle devletler kur rejimlerini kendileri belirlemeye başlamış, sermaye üzerindeki denetimler kalkmış veya en aza inmiş, uluslararası sermaye hareketlerinin devletlere çekilmesi için her türlü tahditten uzaklaşmıştır. Bu sebeple azgelişmiş ülkeler finansal piyasalarını serbestleştirme ve sabit kur rejiminden sapma eğilimi göstermeye başlamışlardır.

Finansal serbestleşme; yabancı yatırımcıların ev sahibi devlete çekilebilmesi için finans sistemindeki denetimlerin kaldırılması, bu konuda gerekli yasal düzenlemelerin yapılması ve tüm bu reformlarla tasarrufların artırılarak yatırım yapılabilmesini ifade etmektedir. Finansal serbestleşme kuramı, azgelişmiş ülkelerde uygulanan finansal baskıya yani finansal sektördeki her türlü kısıtlamaya ve müdahaleye karşı geliştirilmiştir. Zira 1970'lere kadar, azgelişmiş ülkelerde tasarrufların artırılmasına katkı sağlayacağı düşüncesiyle müdahaleci ekonomi politikaları tercih edilmekte ve devlet tasarrufların hangi yatırıma yöneleceğine karar

²⁰⁸ Tunç, A.e., s. 312-313.

²⁰⁹ Keskin, A.e., s. 36.

²¹⁰ Çetin, A.e., s.4.

vermekteydi. Yatırımların artırılması için düşük faiz ve yüksek vergilendirme politikası uygulanmaktaydı. Finansal serbestleşme kuramı ise uygulanan bu finansal baskı nedeniyle tasarrufun beklenenden düşük olduğunu, yatırımların devlet tarafından belirlenmesinin yolsuzluğu ve faydasızlığa neden olduğunu ve yabancı yatırımcılara karşı getirilen sınırlamaların da yatırımların artmasında bir engel olduğunu savunmaktadır.²¹¹

Finansal serbestleşme kavramının iki görünümü vardır. Bunlardan birincisi iç finansal serbestleşme olup devletin finansal piyasa üzerindeki kontrollerini kaldırmasıdır. İkinci anlamı ise dış finansal serbestleşme olup devletin finansal piyasasını yabancılara açması ve uluslararası piyasalarla bütünleşmesidir. Finansal serbestleşme hem yerli yatırımcının dış piyasalarda yatırım yapabilmesini ve borçlanmasını sağlar hem de hem de yabancı yatırımcıların piyasalarda işlem ve yatırım yapabilmesini sağlar.²¹²

IMF ve DB'nin destekledikleri yabancı yatırımlar sayesinde; iç yatırımların da artacağı, yabancı yatırımcının yanında bilgi sermayesini getireceği ve bu sayede dengeli bir kaynak dağılımının sağlanarak ulusal kalkınmanın gerçekleşeceği yönündeki fikirlerle azgelişmiş ülkeler finansal serbestleşmeyi benimseyerek ekonomilerini yabancı yatırımcılara açmaya başlamıştır.²¹³ 1980'lerden itibaren IMF ve DB'nin azgelişmiş ülkelere yardım sağlamak için finansal piyasalarında da serbestleşmeye geçmelerini şart koşması ile finansal serbestleşmeyi kabul etmeyen devletlerin dahi piyasalarının serbestleştirmesine sebep olmuştur.²¹⁴

Bankacılık sektörünün gelişen iletişim ve haberleşme sektörüyle birleşmesi, finansal serbestleşmenin hızla yayılmasına sebep olmuştur. Bu sayede mali piyasaların bütünleşmesi oldukça kolaylaşmıştır. Yatırımcının oldukça büyük bir piyasaya atılmasını sağlayan bu durum, faiz ve kurlarda yaşanan büyük değişimler neticesinde krizlere neden olmuştur.²¹⁵

1980'li yıllarda azgelişmiş ülkelerde cari açık artmış ve bu ülkeler borçlarını ödeyemez hale gelmiştir. Makroekonomik dengelerin bozulması, tüm dünyayı etkilemiştir. Yaşanan bu gelişmeler neticesinde az gelişmiş ülkeler, dış borç

²¹¹ Keskin, A.e., s. 7-8, 36-38.

²¹² Çetin, A.e., s.35.

²¹³ Kula, A.e.

²¹⁴ Keskin, A. e., s.38.

²¹⁵ Ömer Gürkan, "Küreselleşme Ve Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen", **Sosyal Ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi**, S.3, 2001, (Çevrimiçi), <http://www.sobbiad.mu.edu.tr/index.php/asd/article/view/56>, 07.05.2019.

şeklinde gelen sermaye transferinin yerine doğrudan yatırım veya portföy yatırımların yapılmasını tercih etmiştir. Kısaca 1980'li yıllara kadar sermaye hareketleri banka kredisi şeklinde iken 1980'lerden 1990'lı yıllar boyunca sermaye transferi doğrudan yatırım şeklinde ve özellikle Asya ülkelerine olmuştur.

1990'lı yıllarda sermaye hareketlerinin az gelişmiş ülkelere yapılması, bu devletlerin iki özelliğinden kaynaklanmaktadır. İlk olarak az gelişmiş ülkeler; finansal piyasalarını yabancı yatırımcılara açmış, piyasalarını uluslararası piyasaya entegre etmiş, kamu kurumlarını özelleştirmiş ve yabancı yatırımların yapılması için her türlü ortamı sağlamıştır. İkinci olarak uyguladıkları bu politikalar neticesinde yatırıma bağımlı hale gelmişlerdir. Ayrıca kambiyo rejimlerinin de serbestleştirilmesi ile yabancı sermayenin hem girişi hem de çıkışı kolaylaştırılmıştır. Yabancı yatırımcı bu durumda, kendisi için daha az risk ihtiva eden kısa süreli yatırım yapmayı tercih etmiş ve spekülatif hareket ederek kısa süre içinde kazancıyla beraber az gelişmiş ülkeyi terk etmiştir.²¹⁶

1990'lı yıllardan itibaren gelişmiş ülkelerde yaşanan ekonomik daralma neticesinde faiz oranlarının düşmesi ile ihtiva ettikleri tüm risklere rağmen az gelişmiş devletlere yatırım yapmak daha kârlı hale gelmiş ve gelişmiş devletler yatırımlarını bu devletlere yapmıştır. Ancak 1990'lı yılların ikinci yarısından itibaren sermaye ithal eden devletlerdeki liberalizasyon; ekonomi yönetimini zorlaştırmış, istikrarsızlığa neden olarak ekonomileri kırılganlaştırmış ve krizlere neden olmuştur. Bu devletlerde görülen en tipik sorunlar; cari açık, tüketim düzeyinin yükselmesi, enflasyon ve sermaye çıkışına karşı aşırı duyarlılıktır. Piyasalar hakkında bilgi eksikliği, yatırımcıların birbirlerinin davranışlarından etkilenmeleri, gelişmekte olan devletlerin tamamının aynı yapıda olduğuna dair genel kanı sonucunda bulaşma etkisi doğmuş ve bir devlette yaşanan ekonomik bozulma bölgedeki tüm devletlere sirayet etmiş ve portföylerin hızla elden çıkarılmasına neden olarak krizlerin hızla yayılmasına sebep olmuştur. Toplam sermaye transferine bakıldığında, kısa vadeli yatırımların oranının yüksek olması da krizin bir diğer faktörlerindendir.²¹⁷

1990'lı yıllarda yaşanan ekonomik krizlerin, finansal serbestleşmenin sırasıyla ve süresinde yapılmamasından kaynaklandığı da ileri sürülmektedir. Serbestleşmenin sıralama içinde gerçekleşmesi, tüm piyasaların aynı anda

²¹⁶ Çetin, A.e., s.5-6.

²¹⁷ Ayşe Çelikel Danışoğlu, "Gelişmekte Olan Piyasalarda Sermaye Kontrolları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 231-232.

serbestleşmemesini ve öncelik sıralamasına tabi tutulmasını ifade eder. Sıralama olarak; ulusal finans piyasasının serbestleşmesi, ulusal faiz oranlarının düşürülmesi ve sermaye hareketlerinin serbestleştirilmesi takip edilmelidir. Keza serbestleşmenin süresi ise piyasaların kademeli olarak serbestleşmesi gerektiğini ifade eder.²¹⁸

Sovyetler Birliği'nin çöküşü ile küreselleşme tartışmaları gündeme gelmiştir. Küreselleşmenin tarihi çok öncelere dayandırılmakta ve 1970'lerde çok uluslu şirketlerin kurulmasıyla yeni bir döneme girildiği ileri sürülmesine karşın esas tartışmaların Sovyetlerin çöküşüyle başladığı görülmektedir. Küreselleşme; ekonomik ilişkilerin uluslararası ölçekte artması ve sermaye, emek, mal, hizmet ve bilginin hızla ve esnek bir şekilde dolaşıma girmesidir. Ekonomik anlamda sermayenin, emeğin, mal ile hizmetin ve bilginin önündeki ulusal engellerin kalkarak uluslararası tek pazarın oluşturulmasını hedefleyen küreselleşme olgusu; özelleştirmelerin arttırılmasını, devletin müdahalesinin minimize edilmesini ve bu pazara uyacak bir hukuk sisteminin geliştirilmesini amaçlar. Yabancı yatırımlara uygun bir uluslararası hukuk sisteminin gerekliliği, tüm bu sebeplerle doğmaktadır.²¹⁹

Serbest ticaret bölgelerinin kurulması, bölgesel ve küresel çapta serbestleşen sermaye hareketleri ve çokuluslu şirketlerin yatırım yaparken riskleri asgariye indirme çabaları küreselleşme ile tanımlanmaktadır. Neticede küreselleşme ile serbest piyasa ekonomisinin kabul görmesi, ekonomiye devletin müdahalesinin önüne geçilmesi ve yabancı yatırımların çekilmesi süreci hızlanmıştır.²²⁰

Küreselleşmenin, uluslararası ekonomiye kazandırdığı en önemli aktör kuşkusuz çok uluslu şirketlerdir. Aktörün gücü, uluslararası yatırım hukukunda taraf sıfatına haiz olmasında da görülmektedir. Çok uluslu şirket; merkezi bir ülkede bulunan ancak kâr elde etme amacıyla birden fazla ülkede faaliyet gösteren, merkezinin bulunduğu devletten bağımsız hareket eden, şirket merkezi ve birimleri arasında koordine bulunan ve uluslararası çapta kararlar alıp uygulayan ekonomik birimleri ifade etmektedir. Küreselleşmeyi hızlandıran bu aktörler; daha ucuz kaynak ile işgücü elde etmek ve kâr maksimizasyonu sağlamak için diğer ülkelerde yerel şirketlerle ortaklık kurmakta ve bu şekilde çok uluslu bir nitelik göstermektedir.

²¹⁸ Keskin, **A.e.**, s.58-60.

²¹⁹ Gürkan, **A.e.**

²²⁰ Güneş, **A.e.**, s. 13.

Uluslararası piyasalarda yaşanan doygunluk neticesinde artan rekabet, bu aktörlerin gelişmesinde rol oynamıştır.²²¹

Çok uluslu şirketlerin diğer ekonomik faaliyet gösteren aktörlerden ayırt edici özellikleri vardır. Bunlar; birden fazla devlette faaliyette bulunmaları, merkezi denetimle yönetilmeleri, tüm şirket bölümlerinde bütüncül bir politika izlenmesi ve şubelerin işlevlerini kontrol etmeleridir.²²²

2000'li yıllarda az gelişmiş ülkelerde yaşanan ekonomik krizlere rağmen çok uluslu şirketler tarafından özellikle doğrudan yatırımlar yapılmaya devam edilmiştir. Zira uluslararası rekabet ortamı nedeniyle çok uluslu şirketler bu yatırım türünü tercih etmekte, ev sahibi devletler ise gelişmenin anahtarı olarak gördüğü bu yatırımları kabul etmektedir.²²³

2. Bağımlılık Kuramı ve ICSID'e İtirazlar

Bretton Woods sisteminin çökmesinin akabinde 1974 yılında BM Genel Kurulu'nda Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine Dair Şart ile Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen (NIEO) kararları kabul edilmiştir. Devletlerin Ekonomik Hak ve Görevlerine Dair Şart'a göre; kamulaştırma sadece kamu yararı, kamu güvenliği ve ulusal çıkar nedeniyle yapılabilir ve tazminat ev sahibi devletin ulusal hukukuna göre hesaplanacaktır. Ancak bu karara sermaye ihraç devletlerin kabul oyu vermemesi ve uygulamada işlemez hale gelmesi ile bu kararın uygulanması mümkün olmamıştır.²²⁴

1974 tarihli kararlar, Calvo Doktrini'nin evrenselleşmesinin bir sonraki adımıdır. 1962 tarihli doğal kaynaklara ilişkin kararlarla beraber değerlendirildiğinde, kuralların esas amacı yatırımın girişinde, yapılışında ve uyuşmazlık halinde ev sahibi devletin söz sahibi olmasını sağlamaktır.²²⁵

²²¹ O. Murat Koçtürk, Meral Eker, "Dünyada ve Türkiye'de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Çok Uluslu Şirketlerin Gelişimi", **Tarım Ekonomisi Dergisi**, C.18, S.1, 2012; s. 35 – 42, (Çevrimiçi) <http://static.dergipark.org.tr/article-download/4e33/8e25/777e/imp-JA35SM84FZ-0.pdf>, 08.05.2019.

²²² Efe Dündar, "Uluslararası Ticaret Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar ve Çok Uluslu Şirketler İncelemesi", **Öneri Dergisi**, C. 11, S. 41, 2014, s. 273 – 282, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/165850>, 11.05.2019.

²²³ Çetin, **A.e.**, s. 45-47.

²²⁴ Altıntaş, **A.e.**, s. 8.

²²⁵ Sornarajah, **A.e.**

Bu döneme ait yatırım sözleşmelerinin çok farklı tiplerde yapıldığı ve sözleşme konularının petrolle sınırlı kalmayıp altyapı, baraj, elektrik, inşaat ve sair pek çok alana ilişkin düzenlendiği görülmektedir.²²⁶

Bu dönemde, Latin Amerikalı sermaye ithal eden devletlerde enerji alanında özelleştirmeler başlamış ve ikili yatırım anlaşmaları yapılmıştır. Bu anlaşmaların özelliği, yumuşak Calvo hükümleri ihtiva etmeleridir. Bu hükümler, olası bir uyuşmazlık halinde yatırımcının belirli süre içinde ulusal yargıya başvurusunu şart koştur. Uyuşmazlıkların çözümü için ICSID de bir seçenek olarak ayrıca sunulmuştur.²²⁷ Latin Amerika, 1990'lara kadar ICSID sisteminden uzak kalmış, ancak yatırımcıların korunması için hukuk kurallarının uluslararasılaşmasına entegre olmuştur. 1990'larda hem Konvansiyon'a üye olmuşlar hem de ikili yatırım anlaşması imzalamaya başlamışlardır.²²⁸

Bu dönemde, yabancı yatırımların ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlamadığı, aksine ev sahibi devleti kaynak devlete bağımlı hale getirdiğini savunan Bağımlılık Kuramı, Latin Amerikalı devletler tarafından ileri sürülmüştür. Bağımlılık teorisine göre, yatırımlar çok uluslu şirketler tarafından yapılmaktadır. Bu şirketlerin pek çok devlet ile ilgisi olsa da son kertede merkezleri sermaye ihraç eden devletlerdedir. Bu durum kaynak devletlerin merkez, ev sahibi devletlerin ise çevre ekonomi haline gelmesine sebep olmaktadır. Yabancı yatırımlar, kaynak devletlerin daha da güçlenmesine sebep olmakta ve ev sahibi devletlerde kendi çıkarlarına hizmet eden belirli bir zümrenin gelişmesine sebep olarak ev sahibi devletin çevre ülke olarak kalmasına hizmet etmektedir. Merkez devletler, çevre devletleri bağımlı kılarak sadece zarara uğratmakta ve ekonomik kalkınmalarını sağlamamaktadır. Bu bağımlılık sürdüğü sürece ev sahibi devletin kalkınması beklenemez.²²⁹

Netice itibarıyla, Sovyetler Birliği yıkılana kadar yatırımların ve yatırımcıların korunması hususunda üç farklı yöntem geçerliydi. Bunlardan ilki, ABD ve Avrupa ülkelerinin savunduğu yatırımcıları koruyan temel ilkelere dayanan ve ev sahibi

²²⁶ Kayıhan v.d., **A.e.**, s. 118.

²²⁷ Katia Fach Gómez, "Latin America and ICSID: David versus Goliath", **Law and Business Review of the Americas**, Vol. 17, No.2, 2011, pp. 195-230, (Çevrimiçi) <https://scholar.smu.edu/lbra/vol17/iss2/4/>, 17.05.2020.

²²⁸ Ignacio A. Vincentelli, "The Uncertain Future of ICSID in Latin America" , **Law and Business Review of The Americas**, Vol. 16, No. 3, 2010, pp. 409-455, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348016, 17.05.2020.

²²⁹ Zenginkuzucu, **A.e.**, s. 69.

devlet ile kaynak devlet arasında anlaşmalar yapmaktır. İkinci yöntem; Sovyetlerin savunduğu özel mülkiyetin reddi ile yabancı yatırımcıyı ülkeye kabul etmemek ve ülkede bulunan tüm yatırımları kamulaştırmaktır. Son yöntem ise gelişmekte olan devletlerin savunduğu ve eşit koşullar altında, devletlerin egemenliğinin kabul edildiği ve uluslararası toplum nezdinde de kabul görmesi sağlanacak yatırım anlaşmalarının uluslararasılaşmasıdır.

1990'larda yatırım tahkimine başvuru önceki yıllara kıyasla oldukça artmıştır. Bu durum, küreselleşmenin yaygınlaşması için hukuk kurallarında değişikliğe gidilmesiyle ilgilidir. Devletler arasında gelişmeleri için yabancı yatırıma muhtaç oldukları, yatırımın gelmesi için yatırım anlaşmaları yapmaları gerektiği, yatırım anlaşmalarında tahkim hükmünün yer alması gerektiği fikri yaygınlaşmıştır. ICSID tarafından 1990 yılında verilen AAPL v. Sri Lanka davası kararı ile yabancı yatırımcının ev sahibi devletle yatırım sözleşmesi akdetmemesine rağmen, kaynak devletle ev sahibi devlet arasında yatırım anlaşması olması halinde yatırımcının ICSID'e başvurmasının önü açılmıştır.²³⁰ İlerleyen bölümlerde bu konu detaylı incelenecektir. Ancak kararın önemi, yatırımcının doğrudan tahkime başvurma imkânının doğmuş olması ve yatırım hukuku bakımından bir dönüm noktası olmasıdır.

1990'ların ikinci yarısından itibaren patlak veren ekonomik krizler yabancı yatırımların ve yatırım tahkiminin yeniden tartışılmasına sebep olmuştur. Özellikle krizlerin vurduğu Latin Amerika'dan yükselen itiraz; tahkimin çok pahalı olması, Latin Amerika devletlerine olan önyargı nedeniyle aleyhe verilen kararlar nedeniyle DB'den kredi alamama ihtimali, temyiz mekanizmasının olmaması, ICSID ve DB arasındaki ilişki ve büyük mali çöküşlere çözüm bulunamaması ile ilgilidir.²³¹

Yaşanan ekonomik krizler ve krizlerin akabinde yatırımcılar tarafından tahkim kurumlarında açılan davalar, devletlerin bu anlaşmaları sorgulamalarına, kimi devletlerin tahkim kurumlarından çekilmelerine, yatırım anlaşmalarını feshetmelerine veya sağlık, insan hakları ve çalışma gibi kamu yararı ile yakından ilgili konularda anlaşmalarda düzenlemeye gitmelerine sebep olmuştur.²³²

Tahkim kurumlarında açılan pek çok davada yaşanan ekonomik krizlerin mücbir sebep kabul edilmeyip ev sahibi devletlerin haksız bulunmasına karşı

²³⁰ Sornarajah, A.e.

²³¹ Gómez, A.e.

²³² Sornarajah, A.e.

Arjantinli hukukçu Horacio Rosatti tarafından Rosatti Doktrini geliştirilmiştir. Rosatti Doktrini, ICSID kararlarının ev sahibi devletin anayasasına aykırı olduğu iddiası ile ulusal mahkemeler tarafından gözden geçirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Arjantin, ICSID kararlarına karşı bu yola gitmiştir. Aynı şekilde Venezuela Yüksek Mahkemesi de Venezuela'nın akdettiği iki taraflı anlaşmalarla tahkime başvuru için gerekli olan rızayı vermediğine hükmetmiştir.²³³

Günümüzde gelişmekte olan ülkeler arasındaki ekonomik farklılık azalmış ve sermaye ithal eden devletlerden bazıları artık ihracatçı konuma yükselmiştir. İhracatçı konumuna gelen devletler, sermaye ithal eden devletlerle yatırım anlaşması yapmaya başlamıştır. Özellikle Çin'in Afrika devletleri ve Latin Amerika ile yaptığı anlaşmalar buna örnektir. Ancak doktrinde bu anlaşmaların eşit olmayan güç ilişkilerini ve ekonomik dayatmayı yeniden ürettiği, diğer yatırım anlaşmalarından içerik ve uygulama bakımından bir farkı olmadığı yönünde eleştiriler mevcuttur.²³⁴

Yatırım tahkimi ile ilgili bir diğer öngörüler ise bölgesel ittifakların güçleneceği, ICSID Konvansiyon'undan çekilen devletlerin kendi aralarında bir tahkim mekanizması geliştirebileceği veya ICSID'den çekilen devletlerin serbest ticaret anlaşmaları yapmaya yöneleceğidir. İlk öngörüye göre; yatırım anlaşması yapan tarafların sayısının ve devletler arasındaki ilişkilerin artması bölgesel ittifakları güçlendirmektedir.²³⁵ Venezuela, ICSID'den çekilmiş ve Latin Amerika'da sermaye ihracatçısı konumuna gelmiştir. Bu durum ICSID mekanizması olmasa dahi belirli bir yatırım rejimini zorunlu kılmaktadır. Bu durumda bölgesel bir kurumun kurulması ve yeni hukuk kurallarının geliştirilmesi olası görünmektedir.²³⁶ Son olarak bölgesel bir tahkim kurumunun kurulması yerine, serbest ticaret anlaşmalarıyla yatırım ilişkilerinin sürdürüleceği de öngörülmektedir.²³⁷

3. Yatırım Hukukunda Küreselleşme Tartışmaları: Yatırım Hukuku Rejimi

Ekonomi literatüründeki küreselleşme tartışmaları, yatırım hukukuna da tezahür etmiş ve küreselleşmenin hukuk kurallarının yatırım hukuku rejimiyle belirlendiği iddia edilmiştir. Yatırım hukuku rejiminin başlangıcı; ikili yatırım

²³³ Gómez, A.e.

²³⁴ Miles, A.e., s.119-120.

²³⁵ Trakman v.d., A.e., s.24-26.

²³⁶ Vincentelli, A.e.

²³⁷ Gómez, A.e.

anlaşmalarının ortaya çıktığı ve ICSID'in kurulduğu döneme kadar geri götürülse de rejim tartışmaları küreselleşme tartışmaları ile şiddetlenmiştir.

Buna göre; yatırım hukukunun sağladığı rejim, küreselleşme ile oldukça uyumludur. Zira rejim; küresel ekonomik ilişkileri güçlendirmekte, aktörleri arasında ittifaklar sağlayarak küresel ekonominin hukuksal zeminini oluşturmaktadır. Yatırım hukuku, kendi kendine yeten kuralları ve özerk yapısıyla küreselleşmenin hukuki yapısını oluşturmaktadır. Özellikle giderek uyumlu hale gelen kurallar ve kararlar bütünü ile kapsam alanı genişlemektedir. Yatırım anlaşmalarının bir kısmı feshedilse dahi konularında değişikliğe gidilerek tekrar yapılmaktadır. Bu da rejimin kendini yenileyerek sürdüğünü kanıtlamaktadır.²³⁸

Küreselleşmenin ekonomideki görünümü, ekonominin depolitizasyonu ile özellikle yatırımcıların ve finans çevrelerinin devlet politikalarından korunmasıdır. Küreselleşen ekonominin korunması için geliştirilen ulusötesi hukuk kuralları, esasında siyasi bir anlam taşımakta ve neoliberalizmin yayılmasını sağlamaktadır. Özellikle bu kurallar, yatırım tahkiminde ön plana çıkmaktadır. Keza, yatırım tahkimi ile devletin ulusal yargısının yerine yatırımcıya doğrudan bu ulusötesi kurallara ulaşma imkânı tanınmış ve bu sayede depolitizasyonun sağlandığı ileri sürülmüştür. Yatırım hukuku rejimi hukuki değil siyasi bir rejim olup sermaye ithal ve ihraç eden devletler arasındaki eşitsiz ilişkilerin yönetilmesinden ibarettir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken husus, devletlerin de ulusötesi yasallığı teşvik eden aktörler olduğudur.

Yatırım hukuku rejimi, yatırımcıyı uluslararası bir anlaşmanın tarafı haline getirir ve yatırımcının doğrudan tahkime başvurmaya imkân tanıyarak ev sahibi devletin ulusal yargısından bağışık tutulmasını sağlar ve bunun depolitizasyonu sağladığı söylemi ile güçlendirir. Bu durumdan çıkış yine devletlerde gizlidir. Yatırım uyuşmazlıklarına devletlerin ulusal hukukunun uygulanmasını sağlamak, yatırım rejiminden kurtulmanın yolu olarak görülmektedir.²³⁹

Yatırım hukuku rejiminin üç önemli özelliği vardır. Bunlardan ilki ademi merkeziyetçi yapısıdır. Buna göre; yatırım hukuku rejimi, uluslararası bir kurum veya çok taraflı bir anlaşma olmaksızın doğmuştur. İkinci özelliği, devletlerin

²³⁸ Agata Ferreira, "Intertwined Paths of Globalization and International Investment Law", **Journal of International Trade Law and Policy**, Vol. 19 No. 2, 2020, pp. 85-99, (Çevrimiçi) <https://www.emerald.com/insight/publication/issn/1477-0024/vol/19/iss/2>, 11.10.2020.

²³⁹ David Schneiderman, **Resisting Economic Globalization Critical Theory and International Investment Law**, London, Palgrave Macmillan, 2013, s. 6-7,11-12.

ilişkilerinin neticesinde kendiliğinden doğmuş ve planlanarak üretilmemiş olmasıdır. Üçüncü özelliği ise istikrarlı yapısı ve aktörlerden gelen etkileşimlerle dinamik olmasıdır.²⁴⁰

a. Yatırım Hukuku Rejiminin Nitelendirilmesi

Yatırım hukuku rejimi hakkındaki bir diğer tartışma rejimin nitelendirilmesi ile ilgilidir. Buna göre, yatırım hukukunun bir siyasi veya hukuki bir sistem mi olduğu yoksa aktörlerin etkileşimi ile ilerlediği tartışma konusudur. Kısaca bu tartışma, analiz birimi olarak sistemin mi yoksa aktörlerin mi tercih edileceği ile ilgilidir.

Yatırım hukuku rejiminin siyasi bir sistem olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşe göre; devlet, yatırımcı, hakem ve tahkim kurumları sistemin aktörleridir. Aktörlerin sistem içindeki davranışları girdi, bu davranışların sonucu çıktı ve aktörlerin çıktıya göre davranması ise geri bildirim olarak tanımlanmaktadır. Sistemin işleyişi, aktörlerin etkileri ile çıktıdan girdiye geri bildirimler gitmesi şeklindedir. Buna göre, aktörlerin girdileri tahkim kararı olan çıktıya dönüştürülür. Sistemde tüm aktörlerin kendi çıkarlarını maksimize etmeyi amaçladığı öngörülmektedir.

Devletlerin uyuşmazlığın çözümü için tahkime gitme konusunda rıza vermesi, yatırım sistemini başlatan unsurdur. Ev sahibi devletlerin; yatırımcılarla yaptıkları anlaşmalar, tahkim için sundukları rıza ve ulusal mevzuatları girdi kısmını oluşturur. Devletlerin sunduğu diğer girdiler, tahkim prosedüründe seçtikleri usul kuralları ve tahkim kurumlarına sundukları hakem listeleridir. Yatırımcının sisteme girdi olarak sundukları, tahkim talebinde bulunmak ve tahkim prosedürlerine ilişkin seçimler yapmaktır. Hakemler, doğrudan karar üretici konumundadırlar. Tahkim kurumları ise usul kurallarını belirleme ve hakem atamadaki rolleri ile sisteme girdi sağlarlar. Aktörlerin birbiri ile etkileşimi de mevcut olup bu etkileşim, rekabet veya lobicilik faaliyeti olarak görülmektedir. Çıktı ise aktörler üzerindeki hukuki, siyasi, ekonomik etkileri ve aktörlerin itibarlarını belirlemesi sebebiyle hakem kararlarıdır. Geri bildirim ise hakem kararlarının etkileri olup aktörlerin çıktıya tepkilerini ve sistem içindeki hareketlerini içermektedir.

²⁴⁰ Joost Pauwelyn, "Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law", **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, Ed. by Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 14-19.

Yatırım anlaşması imzalayan devlet, hukukun üstünlüğüne önem verdiğini göstermekte ve yatırımları çekerek ekonomik büyümeyi sağlamak için uluslararası toplum nezdinde imaj sağlamaktadır. Bu sebeple yatırım anlaşmalarının siyasi ittifaklar sağladığı ve dış politika için gerekli siyasi semboller olduğunun kabulü gerekmektedir. Yatırım anlaşmalarının birbirine benzemesinin sebebi, siyasi semboller olmalarından ileri gelmektedir.²⁴¹

Yatırım hukuku rejiminin hukuki bir sistem olduğunu savunan görüşe göre, sistem yatırım tahkimi ile şekillendirilmektedir. Buna göre; yatırım tahkimi uyuşmazlıkları çözen bir yargı kurumu olarak uyuşmazlıkları depolitize ederek hukuki bir sisteme dönüştürmektedir. Yatırım tahkimi, hukuki sistem kurarak sermaye akışının önündeki her türlü engelin kaldırmasını sağlamaktadır.²⁴²

Yatırım hukuku rejiminde analiz birimi olarak aktörlerin esas alınması gerektiğini savunan görüşe göre; yatırım hukuku rejimi, aktör ve kaynak bazında analiz edilmelidir. Zira kaynakların çokluğu ve aktörlerin karşılıklı etkileşimleri nedeniyle yatırım hukuku dinamik bir rejimdir. Bu anlamda, sistem uygun bir analiz birimi değildir. Zira, aktörlerin etkileşimleri rejimi yönetmekte olup aktörlere odaklanmak gereklidir.²⁴³

Yatırım hukuku rejimi ile ilgili bir diğer tartışma, yatırım alanındaki aktörlerden yatırımcının uğradığı değişimdir. Buna göre; küreselleşen dünyada, yerli ve yabancı yatırımcı kavramlarının keskin bir şekilde ayrılamayacağı iddia edilmektedir. Yatırım rejiminin başlangıcında gelişmiş ülkelere gelişmekte olanlara sermaye transferi söz konusu olup yerli ve yabancı yatırımcı ayrımı rahatlıkla yapılabilmekteydi. Ancak küreselleşme ile sermaye transferi; merkezinin, üretim ve tedarik yerinin birbirinden farklı yerlerde bulunduğu şirketlere kalmıştır. Bu sebeple aktör veya sistem analiz birimi tercih edilse de aktörün değişime uğradığı göz ardı edilmemelidir.²⁴⁴

²⁴¹ Cédric Dupont, Thomas Schultz "Towards a New Heuristic Model: Investment Arbitration as a Political System", **Journal of International Dispute Settlement**, Vol. :7, 2016, pp. 3–30, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2707103, 11.04.2019.

²⁴² Sergio Puig, "No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration", **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, Ed. by Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 244-246.

²⁴³ Pauwelyn, **A.e.**, s. 12-13.

²⁴⁴ Simon Lester, "Rethinking the International Investment Law System", **Journal of World Trade**, 2015, pp. 211-221, (Çevrimiçi) [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/jwt0049&div=15&id=&page=](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/jwt0049&div=15&id=&page=,), 11.04.2019.

b. Yatırım Hukuku Rejiminin Kaynağı

Doktrinde yatırım hukuku rejiminin kaynağını, özel hukuk veya kamu hukuku olarak gören iki farklı görüş mevcuttur. Yatırım hukukunun özel hukuku mu yoksa kamu hukukuna mı dahil olduğu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Kamu hukukuna dahil olduğunu savunanlar, yatırım hukuku aktörlerinden birinin devlet olması nedeniyle küresel bir idari hukuk alanı olarak kabul edilebilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Zira tektipleşen anlaşmalar içinde hukukun ilkelerinin, teamül kurallarının ve yatırımcıyı koruyan ilkelerin yer alması bu anlaşmaların ve dolayısıyla yatırım hukukunun kamusal alanla ilgili olduğunun kabulünü gerektirmektedir. Özel hukuka dahil olduğunu savunanlar ise devletlerin rekabetleri ve birbirleriyle yaptıkları pazarlıklar nedeniyle yatırım anlaşmalarının bireysel nitelik gösteren birden çok anlaşmadan ibaret olduğunu ve tahkim kararlarının çeşitliliği nedeniyle yeknesaklaşmış bir rejim olmadığını ve tüm bu sebeplerle kamusal nitelik göstermediğini savunmaktadır. Buna göre rejim, iki taraflı anlaşmalara dayanan bireysel ticari anlaşmazlığın bir türü olarak tanımlanmaktadır. Bu farklı iki bakış açısının tezahürünü tahkim kararlarına yönelik eleştirilerde de görmek mümkündür. Kamu hukuku bakış açısına göre; hakem kararlarının ve anlaşmalarının yeknesaklaşması ve tutarlı olması ile tek tip bir yatırım rejiminin gelişeceği beklentisi vardır. Özel hukuk bakış açısına göre ise yatırım hukuku rejimi yoktur ve her bir uyuşmazlığın tarafı ve ilişkilerini tespit eden anlaşmaları farklı olup buna göre değerlendirilmelidir.²⁴⁵

Doktrinde yatırım hukuku rejiminin kaynağı ile ilgili bir diğer tartışma, uluslararası hukukun kaynaklarının yatırım hukukuna dahil edilme şekli neticesinde yatırım hukuku rejiminin oluşması ile ilgilidir. Yatırım hukuku rejiminin iki asli kaynağı yatırım anlaşmaları ve hakem kararlarıdır. İki taraflı yatırım anlaşmalarının içerikleri birebir aynı olmasa da içerdikleri benzer hükümlerle belirli bir çerçeve sunmaktadır. Keza hakem kararları, içtihat niteliği göstermese de benzerlik taşımakta ve anlaşmalarla beraber yatırım rejimi denilen kavramı oluşturmaktadır. Yatırım rejiminde birliğin elde edilebilmesi için yatırım hukuku kaynaklarından hukukun ilkelerine ve teamüle dayanması gerektiği savunulmaktadır.²⁴⁶

²⁴⁵ Alex Mills, "The Public–Private Dualities of International Investment Law and Arbitration", **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. by: Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, s. 99-101.

c. Yatırım Hukuku Rejiminin Meşruiyet Krizi

Küreselleşme ile birlikte yatırım hukuku, rejim olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Ancak doktrin ve başta Latin Amerikalı devletler olmak üzere gelişmekte olan devletler tarafından rejimin meşruiyeti sorgulanmaktadır.

Yatırım hukuku rejiminin meşruiyeti; devlet politikalarını önemli ölçüde kısıtlaması, yatırımcıları koruyan ilkelerin fazlalığı ve bu ilkelerin hakem heyetlerince geniş yorumlanması, yerel mahkemelerin ve kurumların kararlarına riayet edilmemesi, hakemlerin yerel kamu hukukunu aşacak nitelikte kararlar vermesi nedeniyle sorgulanmaktadır. Bu durumun, meşruiyet krizi olmasa bile meşruiyet açığı olarak tanımlanması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁴⁷ Yukarıda belirtildiği üzere, kimi devletlerin Konvansiyon'dan çekilmesi, kimi devletlerin ise ICSID kararlarını tanınamaması yaşanan meşruiyet krizinin somut örnekleridir.

Yatırım hukukunun yargılama mercii konumundaki ICSID, ideolojik olarak sıklıkla eleştirilmektedir. Eleştirilerin temel sebebi merkezin kendini bağımsız olarak tanımlamasına karşın DB ile olan yakın ilişkisidir. Bu ilişki; merkezin üyelerinin DB üyesi olması, merkezin başkanının DB başkanı olması, DB ve IMF'nin yıllık toplantılarının merkezin yönetim kurulunun yıllık toplantısı ile örtüşmesi, genel sekreterin hakem tayini esnasında sermaye ihraç eden ülkelerin menfaatine çalıştığı fikri ile desteklenmektedir.²⁴⁸

Doktrinde bu meşruiyet krizinin; hukukun üstünlüğünün savunulması, yatırım hukukunun bütününe kapsayacak ve tüm aktörlerin riayet edeceği bir anayasa yapılması, uluslararası insan hakları hukukunun yatırım hukukuna dahil edilerek orantılılık ilkesinin yaygınlaşması veya bir uluslararası yatırım mahkemesinin kurulması ile aşılabileceği savunulmaktadır. Kanaatimce, meşruiyet krizini aşmayı sağlayacak bu yöntemler hem yatırım hukuku rejiminin bir özelliği hem de meşruiyet krizinin aşılması için ileri sürülen bir karşı cevaptır. Yatırım hukukunun tarihsel

²⁴⁶ James Harrison, "The International Law Commission and the Development of International Investment Law", **Edinburgh School of Law Research Paper Series**, 2012, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2177291, 11.05.2020.

²⁴⁷ David Schneiderman, "International Investment Law's Unending Legitimation Project", **Loyola University Chicago Law Journal**, Vol. 49, Iss. 2, Winter 2017, pp. 229-270, (Çevrimiçi)

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/lucj49&div=13&id=&page=,> 05.05.2020.

²⁴⁸ Leon E. Trakman, "The ICSID Under Siege", **Cornell International Law Journal**, Vol. 45, No. 3, 2012, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2006058, 17.05.2020.

gelişiminin gösterdiği üzere; eşitsiz ilişkilerden doğan ve tekrar üretilen yatırım ilişkisi, her dönem itirazla ve karşı cevapla karşılaşmaktadır. Sermaye ithal eden ve ihraç eden devletlerin bu eşitsiz ilişkisi, her dönem gerilim yaratmaya müsaittir. Gerilim; ticaret ve dostluk antlaşmasına karşı Calvo Doktrini ile ulusal yargının güçlenmesi taleplerine karşı ikili yatırım anlaşmaları ve ICSID'in kurulması ile sürmüştür. Küreselleşme döneminin itirazını ve karşı cevabını da yatırım hukuku rejiminin özellikleri üzerinden okumak gerekmektedir.

d. Meşruiyet Krizini Aşma Çabaları

Meşruiyet krizini aşma çabaları; hukukun üstünlüğü ve depolitizasyon, çok taraflılık ve anayasa tartışmaları, uluslararası insan hakları hukukunun yatırım hukukuna dahil edilmesi ve orantılılık kavramı ve uluslararası yatırım mahkemesi olmak üzere dört başlık altında incelenmiştir. Kanaatimce hukukun üstünlüğü ve depolitizasyon, yatırım hukuku rejiminin siyasetten tamamen arındırılmasını hedeflemesi nedeniyle rejimin ideolojisini yansıtmaktadır. Zira sermaye ihraç ve ithal eden devletler arasında yüzyıllardır süren bir gerilimin siyasi olmama ihtimali yoktur ve yatırım hukukunun tarihsel gelişimi boyunca ileri sürülen hukuk kurallarının hiçbiri siyasetten arınmış değildir. İkinci yöntem veya karşı cevap olan çok taraflılık ve anayasa tartışmaları, yatırım hukuku rejiminin yeknesak olduğu iddiasına dayanmaktadır. Bu sebeple bu tartışma, yeknesaklığın bir görünümü olarak kabul edilmiştir. Uluslararası insan hakları hukukunun yatırım hukukuna dahil edilmesi, hakem heyetleri aracılığıyla geliştirilen ve küresel anayasacılık yaklaşımı ile ilişkili bir karşı cevaptır. Uluslararası yatırım mahkemesi, gerçekleşmesi muhtemel görünmeyen ancak tüm çabaları kapsayıcı nitelikte olabilecek karşı cevaptır.

(1) Yatırım Hukuku Rejiminin İdeolojisi: Hukukun Üstünlüğü Ve Depolitizasyon

Yatırım hukuku rejimi, uluslararası toplum nezdinde kabul edilebilirliğini ideolojisi ile sağlamaktadır. Bu ideoloji hukukun üstünlüğü ve depolitizasyondur. Hukukun üstünlüğü fikri, depolitizasyonun sağlanmasına katkı da sağlar.

Uluslararası hukukun üstünlüğü, devletlerin üstünde anayasa düzeyinde hukuk kuralları olmaması nedeniyle oluşan boşluğu doldurmak amacıyla üretilmiş bir kavramdır. Hukukun üstünlüğünün yatırım hukukundaki görünümü, ev sahibi devletlerde hukukun gelişmediğinin kabulüyle sermaye ihraç eden devletler

tarafından yatırım hukuku kurallarının da ihraç edilmesini ifade eder. Yatırım hukukunda; ev sahibi devletin ulusal mevzuatından kaçınarak ulusal mevzuatın yetersiz olduğundan ve uluslararası hukuka uygun olmadığından bahisle hukukun üstünlüğü tesis edilmeye çalışılmaktadır. Devletlerin ulusal mevzuatından ve diplomatik korumadan kaçınma sayesinde yatırım hukuku rejimi gelişmiştir.

Uluslararası hukukun üstünlüğünün devletler nezdinde kabulü, özellikle yatırım hukukunda dikkat çekmektedir. Zira yatırım hukukunun, devletler arası ilişkilerin ötesinde ulusal hukukları ve devlet ile birey arasındaki ilişkileri de düzenleme işlevi vardır. Hukukun üstünlüğü hem yatırım anlaşmaları hem de yatırım tahkimi aracılığıyla taraflara kabul ettirilir.

Hukukun üstünlüğü, yatırım anlaşmalarındaki yabancı yatırımcıların korunmasını sağlayan ilkelerle, özellikle adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi ile temin edilmektedir. Ayrıca kamulaştırma, keyfi davranma yasağı gibi kimi ilkelerin yatırım anlaşmalarına dahil edilerek devletlerin ulusal mevzuatının da hukukun üstünlüğüne uyumlu hale gelmeleri amaçlanmaktadır. Yatırım tahkiminin kendine yetme özelliği ve kararlarının bağlayıcılığı, hakem heyetleri aracılığıyla hukukun üstünlüğünün tesis edilmesini sağlamaktadır.²⁴⁹

Hukukun üstünlüğü, yeni bir sömürge biçimi olmakla eleştirilmektedir. Zira yatırım anlaşmalarında ev sahibi ve dolayısıyla hukuku zayıf kabul edilen devletler, eski sömürülen devletlerdir. Bu sebeple, devletlerin egemenliği ve eşitliği yatırım hukukunda esas olması gerekirken sermaye ihraç eden devletlerin üstünlüğü ve onların hukuku dayatılmaktadır.²⁵⁰ Hukukun üstünlüğü ideolojisi, üstünlerin hukukunun bir dayatması olarak görülmelidir.

Yatırım hukuku rejimine getirilen en önemli eleştiri, ulusal düzlemde tesiri olmayan aktörler tarafından rejimin yönetilmesi ve bu aktörlerin kararlarının ulusal ölçekli sonuçlara neden olmasıdır. Yatırım hukuku rejiminde, ulusal yargı rejime dahil edilmez. Ulusal ölçekli tercih edilen tek şey, ev sahibi devletin yargı sistemine hukukun üstünlüğünün yerleştirilmesidir.²⁵¹

²⁴⁹ Velimir Živković, "Pursuing and Reimagining the International Rule of Law Through International Investment Law", **Hague Journal on the Rule of Law**, Vol. 12, 2020, pp.1-27, (Çevrimiçi)
<https://link.springer.com/article/10.1007/s40803-018-00084-w>, 20.11.2020.

²⁵⁰ Trakman, A.e.

²⁵¹ David Schneiderman, "Global Constitutionalism and Its Legitimacy Problems: Human Rights, Proportionality, and International Investment Law", **Journal of Law & Ethics of**

Depolitizasyon, yatırım hukukunda kuralların ve uyuşmazlıkların siyasetten arındırılarak tamamen hukuk alanına bırakılmasıdır. Yatırım hukuku rejiminde, hukukun üstünlüğünün geçerli olduğunun savunulması ile rejimin depolitizasyonu da sağlanır.²⁵² Depolitizasyona yönelik eleştiri, gerçek amacına yöneliktir. Sistemin depolitize edildiği ileri sürülerek çok uluslu şirketlerin çıkarlarının korunduğu savunulmaktadır.²⁵³ Yukarıdaki kısımlar da dikkate alındığında yatırım hukukunun depolitizasyonu yani siyasetten arındırılması üç yöntem ile sağlanmıştır. İlk olarak iki taraflı yatırım anlaşmaları ortaya çıkmıştır. İkinci olarak aynı zamanlarda ICSID kurulmuş ve uyuşmazlıkların sadece tahkim yöntemi ile çözülmesine izin verilmiştir. Son olarak olarak hukukun üstünlüğü aracılığıyla depolitizasyon süreci tamamlanmıştır.

(2) Yatırım Hukukunda Yeknesaklık: Çok Taraflılık Ve Anayasa Tartışmaları

Yatırım hukukunda; birbirine benzer iki taraflı yatırım anlaşmalarının akdedilmesi, verilen hakem kararlarında önceki kararlara sıklıkla atıf yapılması ve önceki kararların dayanak alınarak emsal sayılması ile yatırım hukuku rejiminde yeknesak kurallar geliştirildiği yönünde tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmanın kaynağı, yatırım anlaşmaları ve hakem kararlarıdır. Bu kaynaklar sayesinde, yatırım hukuku rejiminin yeknesaklaştığı savunulmaktadır. Zira iki taraflı yatırım anlaşmalarının yatırım hukuku rejiminde çok taraflılığı sağladığı ve hakem kararlarının tutarlı hale gelerek içtihat birliği oluşturduğu ileri sürülmektedir. Yatırım hukukunun kaynağı olarak yatırım anlaşmaları bölümünde çok taraflılık tartışmalarına kısaca değinilmiştir. Bu kısımda karşıt görüşlere de yer verilecektir.

1970 ve 1980'lerden itibaren yatırım hukukunun teamül ve ulusal hukuk kuralları ile şekillenmesi yerini hukukun ilkeleri ile iki taraflı yatırım anlaşmalarına bırakmıştır. Bu iki kaynağın beraber hareket etmesi çok taraflılığı sağlamaktadır. Geleneksel uluslararası hukuka göre; anlaşma maddeleri ve teamül boşluğu doldurmak için kullanılmalı, hukukun ilkeleri yardımcı kaynak olarak tercih edilmelidir. Buna rağmen yatırım anlaşmalarında, tarafların haklarını ve

Human Rights, Vol. 12, Iss. 2, 2018, pp. 251–280 (Çevrimiçi)
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3086631, 05.05.2020.

²⁵² Schneiderman, A.e.

²⁵³ Leon E. Trakman, "ICSID and Investor- State Arbitration", **Regionalism in International Investment Law**, Ed. by: Leon E. Trakman, Nicola W. Ranieri, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 257.

yükümlülüklerini belirlemek için hukukun ilkeleri kullanılmaktadır.²⁵⁴ Schill tarafından geliştirilen çok taraflılık argümanına göre, iki taraflı yatırım anlaşmaları nitelikleri gereği çok taraflı çerçeve bir anlaşmanın ikamesi olarak kabul edilmelidir. Yatırım hukuku rejimi, iki taraflı anlaşmalar sayesinde çok taraflılaştırmıştır. Buna göre; tek tip, benzer ilkelere sahip, model anlaşmalar halinde akdedilen ikili anlaşmalar hem lafzı hem de ruhu gereği çok taraflı çerçeve bir anlaşma niteliğindedir. Sunulan bu çerçevede; yatırımın kabulü, yatırımcıları koruyan ilkeler, garantiler, transfer ve olası uyuşmazlıkların çözümü olmak üzere beş temel unsur mevcuttur. Netice itibarıyla, küresel toplumun kamusal çıkarından yola çıkılarak tek tipleşen yatırım anlaşmalarının çok taraflı bir çerçeve sunduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca ikili yatırım anlaşmaları ile gelişmekte olan devletlerin ekonomilerinin kalkınmasının amaçlandığı, bu anlaşmalarda yer alan en çok gözetilen ulus kaydının hakem heyetlerince geniş yorumlanması da bu amaca hizmet ettiği ileri sürülmektedir.

En çok gözetilen ulus kaydının yanı sıra, şemsiye hükümlerin de çok taraflılığı sağladığı kabul edilebilir. Zira şemsiye hükümler sayesinde, ev sahibi devletin yapacağı bir ihlal doğrudan uluslararası hukukun ihlali anlamına geldiği için bu hükmü barındıran iki taraflı yatırım anlaşmaları çerçeve anlaşmanın doğmasına neden olabilir.²⁵⁵

Çok taraflılığa karşı çıkanlara göre; öncelikle yatırım anlaşmalarının tek tipleştiği ve en çok gözetilen ulus kaydı aracılığıyla bütüncül yatırım rejiminin oluştuğunu ileri sürmek anlaşmaların geniş yorumlanmasından ibaret olup doğru değildir. Yatırım hukuku rejimi bütüncül olmayıp devletler arasındaki ikili ve bölgesel anlaşmalarla kurulmuştur. Yatırım anlaşmaları, her devletin farklı ekonomik ve politik kaygılarının ayrı ürünleri olarak tezahür etmektedir. Unutulmaması gereken, ikili yatırım anlaşmaları eşit güçteki sermaye ihraç eden devletler arasında akdedilmemektedir. Ev sahibi devletin anlaşmalara karşı çıkma gücü olmadığı gibi bu anlaşmaları kabule zorlanmaktadır. Zira aksi halde ev sahibi devlete yatırım yapılmayacaktır. Tüm bu sebeplerle, çerçeve olduğu iddia edilen yatırım anlaşmalarına ev sahibi devletin tam olarak rızasının olduğu söylenemez. Öte yandan yatırım hukukunda bir çerçeve anlaşmaya da ihtiyaç yoktur. Özellikle sermaye ihraç eden devletler, karşısındaki devlete göre farklı ikili anlaşma yapma

²⁵⁴ Stephan W. Schill, "General Principles of Law and International Investment Law" **International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations**, Ed. by: Tarcisio Gazzini, Eric De Brabandere, Brill - Nijhoff, 2012, s. 134-135.

²⁵⁵ Arcas, **A.e.**

imkânına sahipken ve istediği esneklikle bu ilişkiyi yürütürken çok taraflı bir çerçeve anlaşmaya ihtiyaç olmadığı açıktır.²⁵⁶

Yatırım hukukunda yekneksaklaşmayı sağladığı ileri sürülen diğer unsur, hakem kararlarına atıfta bulunma ve içtihat geliştirmedir. Yatırım hukukunda uyuşmazlıklar daha çok devletler arasında imzalanan yatırım anlaşmalarından kaynaklanmaktadır. Bu durum, benzer uyuşmazlıkların hakem heyetlerinin önüne gelmesine ve heyetlerin önceki kararlara atıf yapmasına sebep olmaktadır. Önceki kararlara atıf yapmadaki yoğunluk, uluslararası yatırım hukuku rejiminin gelişmesine ve içtihat birliğinin sağlanarak ilerlemesine sebep olmaktadır.²⁵⁷

Yatırım hukuku rejiminin yeknesaklaşması ile ilgili diğer tartışma, anayasa üzerinden yürümektedir. Doktrinde, ikili yatırım anlaşmalarının anayasa benzeri metinlere dönüştüğü savunulmaktadır. Bu sebeple yatırım hukuku rejiminin, küresel anayasal sisteme benzeyen ulusötesi bir rejim olduğu ileri sürülmektedir. Yatırım hukuku rejiminde küresel bir anayasa oluştuğuna dair fikir, çok taraflılık görüşünü kapsayacak niteliktedir.

Yatırım anlaşmalarının, özellikle yatırımcıyı koruyan ilkelere ait hükümleri ile anayasa benzeri metinlere dönüştüğü ileri sürülmektedir. Ayrımcı davranmama ilkesi ile yerel yatırımcı ile yabancı yatırımcının eş tutulduğu ve kamulaştırma konusunda ulusal mevzuatlarla paralel şekilde kararlar verilmesinin küresel anayasal sistemle kurulan bağı işaret ettiği savunulmaktadır.²⁵⁸

Anayasa tartışmalarında dikkat edilmesi gereken husus, yeni anayasacılık ile küresel anayasacılık olmak üzere iki farklı yaklaşım olduğudur. Yeni anayasacılık, devletin araçsallaştırılarak küresel ekonomi önündeki her türlü engelin kaldırılmasını amaçlamaktadır. Bu amacı gerçekleştirecek olanlar ise yatırım anlaşmalarıdır. Mülkiyet hakkının korunması, yerelde devletlerin tekeline iken küresel ölçekte bunu yatırım anlaşmaları sağlamakta ve bu sebeple yatırım anlaşmaları anayasa benzeri metinler haline gelmiştir. Yeni anayasacılığın kurumsallaşması, bireyin devleti doğrudan dava etmesine imkân tanıyan tahkim merkezleri sayesinde olacaktır. Küresel anayasacılık, ulusal anayasalarda yer alan ilkelerin uluslararası hukuk kurallarına da sirayet ettiğini savunmaktadır. Yeni anayasacılığın savunduğu şekilde sadece yatırımların ve yatırımcıların değil, devletlerin de menfaatlerinin

²⁵⁶ Rajput, A.e.

²⁵⁷ Figanmeşe, A.e., s. 143-144.

²⁵⁸ Schneiderman, A.e.

gözetilmesini ve taraflar arasında dengenin sağlanmasını amaçlamaktadır.²⁵⁹ Küresel anayasacılık yaklaşımı, taraflar arasında dengenin gözetilmesi için uluslararası insan haklarının ve hukukun ilkelerinden orantılılık ilkesinin de yatırım hukukuna dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Bu yeknesaklaşmaya ICSID'in ayrıca katkıları olduğu ileri sürülmektedir. ICSID hakem kararlarının yayınlanması ve üçüncü kişilerin katılımına kısmen izin verilmesi ile sağlanan şeffaflık, yatırım hukukun rejiminde yeknesaklığı geliştiren diğer unsur olarak kabul görmektedir. Şeffaflık, ICSID'i diğer yatırım tahkim mekanizmalarından ayırdığı ve kendine has bir özellik olduğu için aşağıda detaylıca incelenecektir.

(3) Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının Yatırım Hukukuna Dahil Edilmesi Ve Orantılılık Kavramı

Küresel anayasacılık, taraflar arasında menfaat dengesinin tesisi için yatırım hukukunda insan haklarının gözetilmesini ve hukukun ilkelerinden orantılılık ilkesinin uygulanmasını savunmaktadır. Buna göre menfaat dengesini sağlamak hakemlere düşmektedir.

İnsan haklarının uluslararası hukuk kurallarının da üstünde olması gerektiği fikri, yatırım hukukuna da tezahür etmiştir. Yatırım tahkiminde Konvansiyon'un 42. maddesine dayanarak uygulanacak hukuk kuralları olarak insan hakkı kurallarının tercih edilmesiyle insan hakları kurallarının uygulanmasının önü açıktır. Kimi uyuşmazlıklarda tarafların insan haklarına dayandığı görülmekte ve bu sayede kurallar hakem heyetlerinin incelemesine tabi olmaktadır. Öte yandan AİHM'de görülen mülkiyet hakkından doğan uyuşmazlıklarda yatırım tahkimine benzer değerlendirmeler yapılması iki mahkeme arasındaki ilişkinin varlığına delalettir. Yatırım tahkiminde, AİHM'in geliştirdiği ve kamu ile bireylerin menfaatlerinin dengelenmesini amaçlayan orantılılık ilkesinin uygulanması ilişkinin karşılıklı olduğunu göstermektedir.²⁶⁰

²⁵⁹ Gökhan Albayrak, **Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 99-106.

²⁶⁰ Karaoğlu, **A.e.**, s. 338-339.

(4) Uluslararası Yatırım Mahkemesi Tartışmaları

1998 tarihli MAI anlaşmasının başarısızlığı, uluslararası yatırım mahkemesi fikrinin de başarısız olduğunu göstermektedir. Yatırım hukukunun; bütüncül kurallardan ibaret olup olmadığı ve yatırım tahkiminin kendisi tartışmalı iken taraf iradesi ile kurulmayan, kendi değişmez kuralları bulunan bir mahkemenin kurulması kanaatimce olası görünmemektedir. Yatırım hukukunun eşitsizlik üreten ve eşitsizliği sürdüren doğası, tarafların esnek kurallarla ilişkilerini yürütmelerini gerekli kılmaktadır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ

I. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIK

Uyuşmazlık, tarafların arasındaki hak ve çıkarlara ilişkin farklı iddialarının olması ve bunların çatışması anlamına gelmektedir. Uluslararası uyuşmazlık ise uluslararası hukukun sùjeleri arasında çıkan uyuşmazlıkları ifade etmektedir.

II. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARI ÇÖZÜM YOLLARI

Uluslararası hukuk sùjeleri arasındaki uyuşmazlıklar, barışçıl yollarla çözölür. Çözüm yolları; geleneksel yöntemler ve uluslararası örgütler aracılığıyla veya diplomatik ve hukuki olmak üzere iki farklı şekilde tasnif edilmiştir.* Tezimde, Hüseyin Pazarcı'nın tasnifini tercih ettim ve çözüm yollarını, geleneksel çözüm yolları ve uluslararası örgütler aracılığıyla olmak üzere ikiye ayırdım.

Geleneksel çözüm yolları, yargı dışı ve yargısal olmak üzere ikiye ayrılır. Yargı dışı çözüm yolları; diplomatik görüşme, dostça girişim, arabuluculuk, uzlaştırma ve araştırma ile sorduşturmadan ibarettir. Diplomatik görüşme, iki veya daha fazla tarafın uyuşmazlığı beraber inceleyip tartışmasıdır. Dostça girişim, üçüncü bir şahsın uyuşmazlık taraflarının görüşmesi için girişimde bulunmasıdır. Arabuluculuk, üçüncü şahsın uyuşmazlık çözüm görüşmelerine katılmasıdır. Uzlaştırma, uyuşmazlık taraflarının iradesiyle kurulan organın uyuşmazlığı çözmesidir. Araştırma ve sorduşturma, uyuşmazlığın çözölmesi için delillerin toplanmasıdır. Yargısal çözüm yolları ise uluslararası tahkim (hakemlik) ve uluslararası mahkemeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²⁶¹

III. ULUSLARARASI TAHKİM

Tarafların iradesi ile aralarındaki uyuşmazlığın hakem olarak adlandırılan hukukçu üçüncü kişi veya kişiler veya bir organ tarafından hukuka uygun şekilde çözölmesine tahkim denilmektedir.

Tahkim tamamen taraf iradelerine dayanmaktadır. Tahkime başvurabilmek için uyuşmazlık doğmadan evvel veya doğduktan sonra uygulanabilecek iki yöntem

* Bu konuda bakınız: Sur, **A.e.**, s.321-337.

²⁶¹ Pazarcı, **A.e.**, s. 68-69, 455-461.

vardır. Bunlardan ilki; taraflar uyuşmazlık çıkmadan evvel aralarında yaptıkları bir anlaşmaya olası uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceğine dair bir madde koyabilirler. Buna tahkim kaydı denilmektedir. İkinci yöntem, uyuşmazlık doğduktan sonra tarafların akdedeceği tahkimname denilen ve uluslararası anlaşma niteliğinde bir anlaşma ile uyuşmazlığı tahkime götürmeleridir. Bu yöntem tercih edildiğinde, taraflar konusu tahkim olan müstakil bir tahkim sözleşmesi yapmaktadır.²⁶²

Tahkim çözüm yönteminde, genellikle tek hakem tercih edilir. Tek hakem tercih edilmezse hakem heyeti oluşturulur ve hakem sayısı genellikle üç veya beş olmaktadır. Hakem heyetleri; sadece bir uyuşmazlığı çözmek için ad hoc veya daimi şekilde kurulabilir. Hakem kararları yazılı ve gerekçeli olarak verilir. Kararlar, sadece tarafları bağlayıcı niteliktedir.²⁶³

IV. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNİN YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

Uluslararası yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilen yöntem tahkimdir. Tahkim yargılamasının tarafları, yatırımcı ve ev sahibi devlettir. Yatırım tahkim kurumlarından ICSID nezdinde, kısıtlı da olsa üçüncü şahısların davaya katılımı söz konusu olabilmektedir. Uyuşmazlığın tahkimle çözülmesi, diğer tahkim türleri gibi ad hoc tahkim organı veya kurumsal tahkim merkezleri ile yürütülür. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için uluslararası hukukun uygulanması esastır. Uluslararası hukukun uygulanmasının sebebi, yatırımın tanımı ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin dayanağıdır.

Uluslararası hukukun uygulanmasının ilk sebebi bizzat yatırımın tanımından ve özellikle risk unsurundan kaynaklanmaktadır. Yatırımcının muhatabı egemen devlettir. Egemen devlete karşı korunma, ancak daha üst bir norm olan uluslararası hukukla mümkündür. Bu durum diğer ekonomik faaliyetlerle ilgili uyuşmazlıkların çözümüne ulusal hukukların uygulandığı düşünüldüğünde, yatırım tahkiminin ayırt edici bir özelliği haline gelmektedir. Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki ilişki; genellikle yatırımcının tarafı olmadığı, menfaatlerini ileri süremediği ve bizzat akdetmediği devletler arasında akdedilmiş yatırım anlaşmalarından kaynaklanmaktadır. Keza aynı durum ev sahibi devlet için de söz konusudur. Ev sahibi devletin de sözleşmenin tarafı olacak yatırımcıyı seçme imkânı yoktur.²⁶⁴

²⁶² Sur, A.e., s. 329.

²⁶³ Pazarıcı, A.e., s. 468- 473

²⁶⁴ Fıganmeşe, A.e., s. 102-103,145-146.

Yatırım tahkimi yıllar içinde kazanan ayrıcalıklı yapısı nedeniyle ticari tahkimden ayrılıp özerk bir yapı kazanmıştır. Esasında her iki tahkim prosedürü de uluslararası ekonomi hukukundan kaynaklanmaktadır. Ancak tarafları, uyuşmazlık konusu ve taraflar arasındaki hukuki ilişki neticesinde yatırım tahkimi, ticari tahkimden ayrılmıştır. Taraflar arasındaki ilişki kamu yararı ile ilgili olduğundan yatırım tahkimi özerkleşmiştir. Taraflar arasındaki hukuki ilişkiye bakıldığında; uyuşmazlığın taraflarından biri özel kişi yatırımcı diğer taraf devlet veya devletin alt birimidir. Devlet tacir gibi hareket etmediği sürece yatırım tahkiminin tarafı olabilmektedir. Uyuşmazlık, yatırım olarak tanımlanan bir ekonomik faaliyetten kaynaklanmalıdır. Taraflar arasındaki hukuki ilişki ise yatırım anlaşmaları veya sözleşmelerinden ileri gelmelidir.

Yatırım tahkiminin diğer tahkim türlerinden farklarından biri de diğer tahkim mekanizmalarında devletin özel hukuk kişisi olarak hareket etmesine karşın yatırım tahkiminde devletin egemen ve emretme gücüne dayanarak hareket etmesidir.²⁶⁵

Yatırım tahkiminin diğer ayırt edici özelliği, devletlerin egemenliklerinden taviz vermeye istekli olmaları ve uyuşmazlığın çözümü için ulusal yargıdan bağışık bir sistemi kabul etmeleridir. Devletler, ekonomilerini geliştirmek ve diğer devletlerle rekabet edebilmek amacıyla yatırım hususunda taviz vermekten yanadır.²⁶⁶

Yatırım tahkiminin nevi şahsına münhasır yapısı, yatırım tahkiminin hangi hukuk dalına dahil edilmesi gerektiği tartışmasını da beraberinde getirmiştir. Zira yatırım hukuku ve bu hukukun yargılaması olan tahkim, kamu hukuku ve özel hukuktan çeşitli kuralları bünyesinde barındırmaktadır. Doktrinde genellikle yatırım tahkiminin uluslararası kamu hukukunun egemenliğinde olduğu kabul edilmektedir. Buna göre; egemen devletin tahkimde taraf olması, yatırım tahkiminin ticari tahkimden ayrılmasına ve uluslararası kamu hukukunu ilgilendirmesine sebep olmuştur.²⁶⁷ Ancak yatırım hukukunun sadece kamu hukukuyla anlaşılamayacağını, karma veya melez yapıda olduğunu savunan görüş de mevcuttur. Buna göre yatırım hukuku; uluslararası kamu hukukundan, ticaret hukukundan ve insan hakları hukukundan beslenen melez bir yapıdadır.²⁶⁸ Ayrıca uluslararası hukukta; özel mülkiyetin korunması için yatırım hukukuna, insan hakları hukukuna ve diplomatik

²⁶⁵ Resul Ceviz, **Uluslararası Menkul Kıymet Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 181.

²⁶⁶ Pauwelyn, **A.e.**, s. 27-29.

²⁶⁷ Ceviz, **A.e.**, s.186.

²⁶⁸ Pauwelyn, **A.e.**, s. 18-19.

korumaya başvurulabilir. Bu sebeple yatırım hukuku, diğer iki hukuk dalı ile karşılıklı etkileşim içindedir.²⁶⁹

V. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNİN TÜRLERİ

Yatırım tahkimi, ad hoc (geçici) veya kurumsal tahkim olarak yürütülebilir. Hangi tahkim türünün seçileceği tamamen tarafların iradesine bırakılmıştır.

2012 yılında güncellenerek yürürlüğe konan Tahkim Kuralları ile taraflardan en az birinin devlet veya kamu kurumu olduğu yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için Daimi Hakem Mahkemesi'ne gidilebilmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarının insan hakları ve özellikle mülkiyet hakkının ihlali iddiası ile AİHM'e götürülmesi de mümkündür.²⁷⁰

A. AD HOC TAHKİM

Bir tahkim kurumu tarafından yürütülmeyen ve hakemler ile tahkime uygulanacak kuralları tarafların seçtiği tahkim yöntemi ad hoc tahkimdir.²⁷¹ Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (UNCITRAL) Tahkim Kuralları, ad hoc tahkimlerde en çok tercih edilen kurallardan olup devlet ve yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi için çeşitli bölgesel anlaşmalara dahil edilmiştir. Davalıya tahkim talebini içeren tebligatın yapılmasıyla tahkim prosedürü başlar. Kural olarak tarafların hakemleri belirlemesi esastır. Ancak taraflar hakemleri belirleyemezse Lahey Daimi Tahkim Mahkemesi Genel Sekreteri tarafından hakemler tespit edilir. Seçilen hakemler tarafından karar verilir ve uyuşmazlığı çözdükten sonra hakem heyeti fesih olur.²⁷²

²⁶⁹ Martins Paparinskis, "Analogies and Other Regimes of International Law", **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, Ed. by: Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 74-76.

Ursula Kriebaum, "The Nature of Investment Disciplines", **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, Ed. by: Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 45.

²⁷⁰ Şanlı, A.e., s. 583.

²⁷¹ Ebru Karademir, "Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 32, S. 2, 2015, s. 76.

²⁷² Ucheora Onwuamaegbu, "International Dispute Settlement Mechanisms- Choosing Between Institutionally Supported and Ad Hoc ; and Between Institutions", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 83-85.

B. KURUMSAL TAHKİM

Tahkime uygulanacak kendine has kuralları bulunan ve bir kurum marifetiyle yürütülen tahkim yöntemidir. İki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları ile yatırımcılar, anlaşmanın izin verdiği kurallar çerçevesinde Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), Stockholm Ticaret Odası (SCC), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA), Amerikan Tahkim Derneği'nin Uluslararası Uyuşmazlık Çözümü Merkezi (ICDR) veya ICSID nezdinde çözebilir.²⁷³

1. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)

Paris merkezli Uluslararası Ticaret Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi (ICC) yatırım tahkimi için çok tercih edilmese de taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinde veya ikili yatırım anlaşmasında hüküm altına alınmışsa ICC'ye başvuru mümkündür. Tahkim prosedürü, 2017 tarihli ICC Tahkim Tüzüğü ile yönetilir. Mahkeme, tahkim sürecinin yürütülmesinde denetime sahiptir. Mahkeme hakem ataması yapar, hakemlerin ücretini takdir eder ve hakem heyetlerinin verdiği kararları inceleyip onaylar.²⁷⁴ ICC, uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisine sahip olmayıp idari görevleri yerine getirir. Bu sebeple daha çok hakemleri atama merci olarak görev yapar.²⁷⁵

2. Stockholm Ticaret Odası (SCC)

Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (SCC), 2017 tarihli SCC Tahkim Kuralları ile ulusal ve uluslararası uyuşmazlıkları çözmek için kurulmuştur. Yapısı ICC ile benzerlik göstermektedir.²⁷⁶ Enstitünün verdiği kararlar tarafları bağlar ve verilen kararın üst denetimi enstitü içinde mümkün değildir.²⁷⁷

3. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA)

ICC ile benzer yapıya sahip olan LCIA, bünyesinde uluslararası yapıda bir mahkeme bulundurmaktadır. Mahkeme, hakemlerin atanması ile reddedilmesi ve

²⁷³ Bilgin Tiryakioğlu, "Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik", **Tahkim Anlaşması**, Ed.: Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 88.

²⁷⁴ Onwuamaegbu, **A.e.**, s. 68-70.

²⁷⁵ Karademir, **A.e.**, s. 84-85.

²⁷⁶ Onwuamaegbu, **A.e.**, s.70.

²⁷⁷ Şanlı, **A.e.**, s. 409.

yargılama masrafları hakkında karar verir. LCIA Tahkim Kuralları'nda hakem heyetinin görev ve yetkileri belirlenmiştir.

4. Amerikan Tahkim Derneği'nin Uluslararası Uyuşmazlık Çözümü Merkezi (ICDR)

1996 yılında kurulmuştur ve UNTICRAL Tahkim Kuralları'na göre yürütülen uluslararası tahkimlerde hakem atama görevini icra eder. ICC'dekine benzer şekilde karar almayı sağlayan mahkemesi mevcut değildir. Özellikle enerji sektöründeki uyuşmazlıklar konusunda uzmanlaşmış hakemlerden oluşan listeye sahiptir.²⁷⁸

5. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) ve Yatırım Tahkimindeki Ayrıcalıklı Durumu

ICSID, devletler ile gerçek veya tüzel kişi yabancı yatırımcılar arasında yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için 1965 Washington Antlaşması ile kurulmuş kurumsal bir tahkim merciidir. Merkezin görevi, tahkim prosedürünü yönetmekten ibarettir. Hakem heyeti, tarafların seçeceği hakemlerden oluşur. Merkezin hakem heyetini oluşturması, tarafların hakem seçememesi veya baş hakemi seçmede anlaşmazlığa düşmeleri halinde mümkündür.²⁷⁹

ICSID tahkimi, taraf iradelerine dayanan tahkim prosedürünü yürütse de uyuşmazlığın taraflarından birinin devlet olması ve devletleri yargılaması nedeniyle kamusal özellik göstermekte ve bu sebeple diğer tahkim mekanizmalarından ayrılmaktadır.²⁸⁰ ICSID tahkimi bazı özellikleri nedeniyle diğer tahkim yöntemlerinden ayrılmaktadır. Bu özellikler; şeffaf olması, pahalı olması, bağımsız olması, sadece yatırım uyuşmazlıkları için kurulmuş olması, tarafların yargılamadan kaçınamaması, tahkimin nisbiliğine aykırılık, kararlarının ulusal mahkemelerin tenfizine tabi olmaması, icra kabiliyeti ve başka bir yargı merci tarafından kararlarının denetlenememesidir.

²⁷⁸ Karademir, **A.e.**, s. 87-91.

²⁷⁹ Şanlı, **A.e.**, s. 575-576.

²⁸⁰ Mehmet Can Açıklan, "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.10, S. 1, 2011, s. 23-63, (Çevrimiçi) <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2011-1-hukuk-fakultesi.pdf>, 05.05.2020.

a. Şeffaflık Ve Katılım

Tahkim prosedüründe gizlilik esastır. Tahkime konu uyuşmazlığın tarafları, uyuşmazlığın konusu ve uyuşmazlık hakkında verilen karar kamuoyuyla paylaşılmaz. Yatırım tahkiminde şeffaflık, kamuyla paylaşılan bilgilerin ve kamunun katılımının artırılması anlamına gelmektedir.²⁸¹

ICSID tahkiminde, ev sahibi devletin kamu düzeni ve menfaatini temel alan uyuşmazlıklar ele alındığı için şeffaflaşmaya gidilmesi savunulmaktadır. ICSID tahkiminde şeffaflık iki yolla sağlanır. Bunlardan ilki; tarafların Tahkim Kuralları'nın uyuşmazlığa uygulanacağını kabul etmeleri halinde üçüncü kişilerin duruşmaya katılmasına ve davaya ilişkin bilgilendirme amaçlı yazı ve belge sunmalarına imkân verilmesidir. Tahkim Kuralları'nın ilgili maddeleri 32/3. ve 37. maddeleri olup aşağıda detaylıca açıklanacaktır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, tarafların Tahkim Kuralları'nın uygulanıp uygulanmaması hakkında söz sahibi olmalarıdır. Bu sebeple; şeffaflık re'sen sağlanamamakta, taraf iradelerine bırakılmaktadır.²⁸² Üçüncü kişilerin davaya katılımının ancak tarafların rızası ile mümkün olması eleştiri noktasıdır. Zira uyuşmazlıkların kamusal etkilerine rağmen, bu konuda yatırımcının inisiyatifinin bulunması eleştirilmektedir.²⁸³ Getirilen bir diğer eleştiri, artan şeffaflığın ICSID başvurularına olası etkisidir. Bu etki, ICSID'e başvurmadan imtina şeklinde olabileceği gibi ev sahibi devletin ICSID'i tercih ederek şeffaf ve işbirliğine açık olduğunu göstermesi olarak yorumlanıp olumlu bir etki de yapabilir.²⁸⁴

Şeffaflığın sağlandığı ikinci yöntem, uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin ve hakem heyetlerinin kararlarının tamamının veya kısa özetinin ICSID web sitesinde yayınlanmasıdır. Başvuru tarihi ve uyuşmazlığın özeti web sitesinde bulunmakta olup kamuoyuna açıklık bu şekilde tesis edilmektedir. Tarafların izin vermesi halinde tüm kararın yayınlanması mümkün olmakla beraber, tarafların rızası olmaması halinde merkez sadece kararın özetini yayınlatabilir. Yine de bu kural dahilinde taraf iradesinin kısmen kısıtlanarak şeffaflığa gidildiğinden bahsedilebilir. ICSID tahkimi

²⁸¹ Pınar Karacan, **Uluslararası Yatırım Tahkiminde Şeffaflık Kavramı: Antlaşmaya Dayalı Yatırımcı- Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık Komisyonu**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s.7.

²⁸² Figanmeşe, A.e., s. 139-142.

²⁸³ Trakman, "The ICSID Under Siege".

²⁸⁴ Rachel L. Wellhausen, "International Investment Law and Foreign Direct Reinvestment", **International Organization**, Vol. 73, 2019, pp. 839–858 (Çevrimiçi) <https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/abs/international-investment-law-and-foreign-direct-reinvestment/377B6C8F4F0204F17C0EEB732FCBF6EF>, 26.09.2020.

haricinde görülen tahkim davalarında uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin yayınlanması taraf iradesine bağlıdır.²⁸⁵ Netice itibarıyla, ICSID tahkiminde şeffaflık sınırlı bir şekildedir.

Yatırım tahkiminde şeffaflık tartışmaları, küreselleşme karşılığının gelişmesiyle ilgilidir. Yatırım tahkimi; kamuyu ilgilendiren konular hakkında kamuya kapalı, küçük bir karar verici grubun çok uluslu şirketler lehine karar verdiği bir yargılama olarak eleştirilmektedir. Şeffaflık sayesinde devletlerin kamu karşısında hesap sorulabilirliği de artar. Zira kamuyu ilgilendiren bir konuda devletin sorumluluğunun olması gerekir. Tahkimde şeffaflığın sağlanması devletin sorumluluktan kaçınmasının önüne geçer. Şeffaflık sayesinde insan hakları da yatırım tahkiminde tartışılan konulardan biri haline gelmektedir.²⁸⁶

Şeffaflık sayesinde, hakem kararları arasında benzerliklerin arttığı ve bu sayede tutarlılığın sağlandığı ileri sürülmektedir. Bu sebeple tahkimde şeffaflığın hakim olması, kararların birbiriyle tutarlı olmasını da sağlamaktadır. Tutarlı kararların varlığı, o hukuk sistemin kalıcılığını sağlamaya yardımcı olur. İçtihat birliği hususunda çeşitli görüş farklılıkları olsa da özellikle yatırımcıyı koruyan ilkeler, rıza ve tazminat hususunda kararlar arasında benzerlik olduğu söylenebilir. Şeffaflık ve tutarlılık taleplerinin artması ile içtihatlar arası benzerliğin artması dikkate değerdir. Öte yandan Konvansiyon'la hüküm altına alınan ICSID kararlarının icra kabiliyeti ve diğer yargı mercileri tarafından denetlenememesi kuralları, içtihat birliğinin sağlanmasına katkı sağlar ve bu durum şeffaflığı da destekler.²⁸⁷

b. Pahalılık

ICSID tahkimi, pahalı bir yöntemdir. Bu sebeple küçük yatırımcılar ve ev sahibi devletlerin bir kısmı ICSID'e başvuramamaktadır. Bu durum, yatırım hukuku aktörlerinden üçüncü kişi finansmanların gelişmesine sebep olmuştur. Zira maddi gücü olmayan uyuşmazlık tarafları, alacaklarının bir kısmını üçüncü kişilere devrederek üçüncü kişilerin finansal desteği ile merkeze başvurabilmektedir.²⁸⁸

²⁸⁵ Sedat Çal, "Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.57, S.4, 2008, s.135-190, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/626728> 07.05.2019.

²⁸⁶ Karacan, **A.e.**, s. 10-17,29.

²⁸⁷ Gilbert Guillaume, "The Use of Precedent by: International Judges and Arbitrators", **Journal of International Dispute Settlement**, Vol. 2, No. 1, 2011, pp. 5-23, (Çevrimiçi) <http://jids.oxfordjournals.org/content/2/1/5.full.pdf>, 08.12.2019.

²⁸⁸ Şanlı, **A.e.**, s. 575

ICSID tahkiminin en çok eleştirilen özelliklerinden biri olan pahalılık, tarafların hukuka ulaşmasında bir engeldir. Ev sahibi devletler, yabancı yatırımcılar kadar maddi imkâna sahip değildir. Özellikle çok uluslu şirketlerin, adeta bir devlet kadar ekonomik gelirlerinin olduğu unutulmamalıdır. Ev sahibi devletlerin bir diğer dezavantajı, bilgiye ulaşmadaki zayıflıklarıdır. Yabancı yatırımcının ekonomik gücü sayesinde mali, teknik ve hukuki bilgi ile donatıldığı kuşkusuzdur. Bir dava esnasında yabancı yatırımcının sırf bu sebeple dahi avantajlı olduğundan bahsedilebilir. Ayrıca hakem heyetlerinin kararlarının sadece yatırımcıya tazminat kazandırmaktan öteye geçmediği ve taraflar arası ekonomik işbirliğinin sağlanması hedefine riayet edilmediği de en temel eleştirilerden biridir. Derhal ve etkili bir tazminatı ev sahibi devletin karşılamasının güçlüğü de bir başka sorundur. Aleyhine hakem kararı verilen ev sahibi devletlerin uluslararası ekonomik alanda itibarının düşeceği ve yeni yatırımları çekmede başarısız olacağı muhakkaktır. Bu sebeple kimi ev sahibi devletler tahkime gitme endişesi nedeniyle henüz yatırımcı ile anlaşma yaparken aleyhine hususları kabul etmek zorunda kalmaktadır.²⁸⁹

c. Bağımsızlık

ICSID'in temel özelliklerinden biri ulusal hukuklardan ari, uluslararası hukuk kuralları ile donatılmış, kendine yeten ve bağımsız nitelikte olmasıdır.²⁹⁰ ICSID tahkiminin bağımsız olması ve özellikle ulusal hukuklardan ari olması, birden fazla ulusal hukuk nedeniyle çelişkili kararların verilmesine engel olmakta ve daha benzer kararların doğmasına sebebiyet vermektedir.²⁹¹

d. Uyuşmazlık Konusunun Yatırımla Sınırlandırılması

Merkez, sadece yatırım uyuşmazlıkları için özel olarak kurulduğundan diğer tüm tahkim kurumlarından ayrılmaktadır. Diğer tahkim kurumları, ticari uyuşmazlıklar için kurulmuştur.²⁹²

²⁸⁹ Trakman, A.e.

²⁹⁰ Dilşad Kuşuoğlu, Elit Meviza Demirkol, "ICSID Tahkiminde Onay (Rıza)", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.9, S.34, 2018, s. 515-536, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980854>, 26.09.2020.

²⁹¹ Trakman, A.e.

²⁹² Çal, A.e.

e. Yargılamadan Kaçınamama

Tarafların ICSID tahkimine rıza vermeleri halinde, rızalarını geri alamamaları yargılamadan kaçınamama ilkesiyle açıklanmaktadır.

f. Tahkimin Nisbiliğine Aykırılık

Tahkimin nisbiliği, sadece tahkim sözleşmesinin taraflarının tahkime gitme kabiliyetinin olmasıdır. ICSID tahkimi, yatırımcının ev sahibi devletle anlaşma yapmamasına rağmen uyuşmazlığın tarafı olarak kabulünü sağlar. Uyuşmazlığın taraflarından yatırımcının ev sahibi devletle anlaşma yapmamasına rağmen, ev sahibi devletin kaynak devletle yapmış olduğu anlaşmaya dayanarak merkeze başvurması tahkimin nisbiliği ilkesine aykırılık getirerek ICSID tahkimini özelliikli yapmaktadır.²⁹³

Devletler arasındaki ikili yatırım anlaşmasından yola çıkarak yatırımcının ICSID'e başvurması, AAPL v. Sri Lanka davasında verilen kararla mümkün olmuştur. Konvansiyon, kural olarak yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında bir tahkim şartı düzenlenerek tahkime başvurulmasını öngörmüştür. Ancak ikili yatırım anlaşmalarının çokluğu, hakem heyetinin konuyu geniş yorumlamasına sebep olmuş ve yatırımcının tahkime başvurusunun önünü açmıştır. Buna göre ev sahibi devletin sözleşme akdetmekle yaptığı bir icap iken yatırımcının tahkime başvurusu kabul niteliğindedir.²⁹⁴

g. Tenfiz Olmadan Kararların Geçerliliği

ICSID tarafından verilen kararlar, Konvansiyon hükümleri gereği ulusal yargı tarafından tenfize tabi tutulmadan geçerlidir. Diğer tahkim mekanizmaları ulusal yargının müdahalesinden muaf olmadığı halde, ICSID tahkimi muaftır. Diğer tahkim mekanizmalarının verdiği kararlar, 1958 Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme'sine (New York Sözleşmesi) göre ulusal yargıda tenfiz bakımından denetime tabidir.²⁹⁵

²⁹³ Kuşuoğlu v.d., A.e.

²⁹⁴ Figanmeşe, **Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar**, s. 106-107

²⁹⁵ Onwuamaegbu, A.e., s. 66-67

h. İcra Kabiliyeti

ICSID tarafından verilen kararlar, ulusal bir mahkeme tarafından verilen kararlar aynı icra kabiliyetindedir. Bu sebeple de ICSID kendine yeten ve bağımsız bir tahkim kurumudur.²⁹⁶

Genel Sekreterin kararın bir örneğini üye devletlere göndermesi üzerine, üye devletlerden hangisine başvurulursa herhangi bir işlem gerekmeksizin karar icra edilmelidir.²⁹⁷

ı. Kararların Denetlenememesi

ICSID kararları uluslararası veya ulusal bir yargı merci tarafından denetime tabi tutulamaz. ICSID kararları ancak Konvansiyon'un bu konudaki hükümlerine göre kendi iç mekanizmasında denetime tabidir. Diğer tüm tahkim kurumlarının ve ad hoc heyetlerin verdikleri kararlar, ulusal yargının denetimine tabidir. Bu kararlara ulusal yargı önünde itiraz edilebilir ve kararları denetleyen temyiz mahkemesi niteliğindeki merci ulusal yargıdır.²⁹⁸

ICSID'in bahsedilen bu özellikleri ICSID'i, kurumsal tahkim mekanizmaları arasında başat aktör haline getirmekte ve ICSID'in yatırım hukukunu şekillendirmesine sebep olmaktadır. Bu sebeple ilerleyen bölümde, ICSID tahkiminin Konvansiyon'a ve diğer kurallara göre işleyişi detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

VI. ICSID'İN YAPISI VE İŞLEYİŞİ

A. ICSID'İN HUKUKİ KİŞİLİĞİ VE KURULUŞ AMACI

1965 yılında akdedilen ve 1966 yılında yürürlüğe giren Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesine Dair Sözleşme (Kısaca Washington Sözleşmesi veya ICSID Konvansiyonu) hükümleri uyarınca 1966 yılında ICSID kurulmuştur. Merkez, tüzel kişiliğe haiz olmasına rağmen, Dünya Bankası'nın himayesinde olup uluslararası nitelikli bir kurumdur.

²⁹⁶ Aslı Yıldırım, "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları- ICSID Ve UNCITRAL Tahkimleri", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009, s. 291.

²⁹⁷ Onwuamaegbu, **A.y.**

²⁹⁸ Kaj Hobér, Nils Eliasson, "Review of Investment Treaty Awards by: Municipal Courts", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s.638-639.

Konvansiyon'un 2. maddesi uyarınca merkezin yerleşim birimi, Dünya Bankası'nın içindedir. Merkezin tüm üyeleri, aynı zamanda Dünya Bankası'na da üyedir. Merkezin sekreteryaşının personeli Dünya Bankası'nın hukuk departmanı tarafından desteklenmekte, bütçesi ise Dünya Bankası tarafından finanse edilmektedir. Dünya Bankası başkanı idari konseyin de başkanıdır.²⁹⁹

"Madde 1 (2) Merkezin amacı, bu sözleşmenin hükümlerine uygun olarak âkit devletler ile âkit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım anlaşmazlıklarının uzlaştırılması ve hakemliği için kolaylıklar sağlamak olacaktır."³⁰⁰

Konvansiyon'un 1. maddesi uyarınca, merkezin amacı; yabancı yatırımlarda yaşanan uyuşmazlıkların siyasi ve ekonomik bir tehdit unsuru olmaktan çıkarılması ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin kurulmasıdır. Yatırımcıya, devlete karşı güvenlik ortamı sağlanmıştır. Konvansiyon, kaynak devletten diplomatik koruma talep etmeksizin yabancı yatırımcının yargılamaya doğrudan taraf olarak katılımını sağlar. ICSID tahkimini devlet veya yatırımcı başlatabilir. Merkezin temel amacı, uyuşmazlıkların uzlaştırma (arabuluculuk) veya tahkim usulüyle çözülmesini kolaylaştırmaktır.³⁰¹

B. ICSID'İN ORGANLARI

Konvansiyon'un 3. maddesine göre, merkezin iki ana organı idari konsey ve sekreteryadır. Ayrıca merkez, bünyesinde bir arabulucular ve bir hakemler paneli oluşturmakla da görevlidir.

1. İdari Konsey

"Madde 4 (1) İdarî Konsey her âkit devletten gelen birer temsilciden oluşacaktır. Temsilcinin görevini ifa edemediği ya da toplantılara katılamadığı durumlarda yardımcısı temsilci olarak hareket edebilir. (2) Aksi bir atamanın olmadığı durumda, bir âkit devlet tarafından atanan Bankanın her guvernör ve guvernör yardımcısı otomatik olarak sözkonusu devletin konseydeki temsilci ve temsilci yardımcısı olacaktır.

²⁹⁹ Altıntaş, A.e., s. 18-19.

³⁰⁰ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 20.06.2019.

³⁰¹ Dost, A.e., s. 138-139.

Madde 5 Bankanın Başkanı otomatik olarak İdarî Konseyin de Başkanı olacak, (bundan böyle başkan olarak anılacaktır.) fakat oy hakkı bulunmayacaktır. Başkanın yokluğunda veya görevlerini ifa edemediği durumda ve Banka Başkanlığı makamının boş olduğu durumda Banka başkanı olarak görev yapan kişi idarî Konseyin Başkanı olarak da hareket edecektir.”³⁰²

Merkezin ana organı, başkanı Dünya Bankası olan idari konseydir. Başka bir atama yapılmadığı sürece olup aksi kararlaştırılmadıkça her üye devletin Dünya Bankası’ndaki guvernör veya guvernör yardımcısı konseyde temsilci ve temsilci yardımcısı olarak kabul edilir.

Konvansiyon’un 6. maddesi konseyin görevlerini, 7. maddesi ise toplantı ve oy kurallarını belirlemektedir.

“Madde 6 (1) Burada ve sözleşmenin diğer bükümlerinde kendisine verilen yetki ve işlevlere önyargısız bir biçimde, İdarî Konsey;

- a. Merkezin İdarî ve Malî Tüzüklerini kabul edecektir.
- b. Arabuluculuk ve Hakemlik davalarının tesisinin prosedürü kurallarını kabul edecektir,
- c. Arabuluculuk ve Hakemlik davalarının prosedürü kurallarını (Bundan böyle arabuluculuk ve Hakemlik kuralları olarak anılacaktır) kabul edecektir.
- d. Bankanın idarî olanak ve hizmetlerinden faydalanmak için Banka ile yapılacak düzenlemeleri onaylayacaktır.
- e. Genel Sekreterlik ve Genel Sekreter Yardımcılığının hizmet koşullarını belirleyecektir.
- f. Merkezin gelir ve harcamalarının yıllık bütçesini kabul edecektir,
- g (Merkezin yıllık faaliyet raporunu onaylayacaktır. Yukarıdaki a, b, c ve f. paragraflarında sözü edilen kararlar İdarî Konseyin 2/3 lük oy çoğunluğu ile alınacaktır.

(2) İdarî Konsey gerekli gördüğü hallerde böyle Komiteler atayabilir. (3) İdarî Konsey bu sözleşmenin uygulanmasında gerekli olduğuna karar verecek olursa diğer yetki ve fonksiyonlarını da kullanacaktır.

Madde 7 (1) İdarî Konseyin bir adet yıllık toplantısı ve Konsey veya en az beş Konsey üyesinin teklifiyle Başkan veya Genel Sekreter tarafından toplanacak diğer toplantıları olacaktır. (2) İdarî Konseyin her üyesi bir oy hakkına sahip olacak burada sağlanan istisnaların dışında tüm kararlar oy çoğunluğu ile alınacaktır.(3) İdarî Konseyin herhangi bir toplantısı için salt çoğunluk onun üyelerinin çoğunluğu olacaktır. (4) Üyelerin 2/3 çoğunluğu ile İdarî Konsey, Başkanın toplantı yapmaksızın üyelerin oylarını toplayabileceği ve salt çoğunlukla karar alabileceği bir usul tesis edebilir. Oylar, bu usulde, üyelerin belirlenen zaman içinde çoğunluğu sağlamaları ile geçerli olacaktır.”

³⁰² (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 20.06.2019.

2. Sekreterya

Konvansiyon'un 9.,10. ve 11. maddeleri sekreteryanın kuruluşunu ve görevlerini açıklamaktadır.

"Madde 9 Sekreterlik, bir Genel Sekreter, bir veya birden fazla Yardımcı Sekreter ve personelden oluşacaktır.

Madde 10 (1) Genel Sekreter ve Yardımcı Sekreterler İdarî Konseyin 2/3 luk çoğunluğu ve Başkanın aday göstermesi ile tekrar seçilme hakkı saklı olarak altı yıldan fazla olmamak üzere seçilirler. Başkan İdarî Konseyin üyelerine danıştıktan sonra sözkonusu her makam için bir veya birden fazla aday gösterebilir. (2) Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcılığı ofisleri her türlü politik düşünceden bağımsız olarak hareket edeceklerdir. Ne Genel Sekreter, ne de Genel Sekreter Yardımcıları hiçbir işte çalışamayacağı gibi, idarî konseyin onayı olmaksızın başka bir işle de işgal edemeyeceklerdir. (3) Genel Sekreterin yokluğunda veya görevlerini ifa edemediği durumda ve Genel Sekreterlik makamının boşluğunda, Genel Sekreter Yardımcısı Genel Sekreter gibi hareket edecektir. Eğer birden fazla Genel Sekreter Yardımcılığı varsa bu durumda bunlar İdarî Konseyin belirleyeceği sıra ile Genel Sekreterlik yapacaklardır.

Madde 11 Genel Sekreter Merkezin yasal temsilcisi ve asli memuru olacaktır ve bu sözleşmenin hükümleri ve İdarî Konseyin kabul ettiği kurallara uygun olarak Merkezin idaresinden ve personel atamasından sorumlu olacaktır. Ayrıca sicil memuru fonksiyonlarını da yerine getirecek ve bu sözleşmeye ve tastiklenmiş örneklerine uygun olarak alınacak olan hâkem kararlarının gerçekleştirilmesini sağlamak için yetki sahibi olacaktır."

Sekreterya, Genel Sekreter ve onun bir veya daha fazla yardımcısından oluşur. Genel Sekreter ve yardımcılarının görev süresi altı yıldır. İdari konseyin üçte iki çoğunluğu ile seçilirler. Sekreterya, konseyin belirlediği görevlerin dışında başka görev üstlenemez. Genel Sekreter, heyetlerce verilen kararları kaydetmekle, suretlerini onaylamakla, tahkim başvurusunun alınması ve kaydedilmesiyle ilgilenir.

3. Paneller

Konvansiyon'un 12 ilâ 16. maddeleri panellerin kuruluşunu ve işleyişini açıklamaktadır.

"Madde 12 Arabulucular Paneli ve Hâkemler Paneli, her biri, kalifiye kişilerden, burada çalışmaya gönüllü ve atanacak personelden oluşur.

Madde 13 (1) Her âkit devlet, her Panel'e kendi vatandaşlarından veya diğer ülke vatandaşlarından 4 kişi atayacaktır. (2) Başkan her bir panele 10 kişi atayabilir. Ancak atanan her kişi farklı ülke vatandaşı olacaktır.

Madde 14 (1) Panellerde hizmet vermek üzere atanacaklar, yüksek ahlak sahibi, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek kişiler olacaklardır. Hâkem Panelinde görev

alacaklar için hukuk alanındaki yeterlilik özel önem taşımaktadır. (2) Başkan, panelde görev alacak kişileri atarken, dünya da mevcut yasal ve ekonomik sistemleri temsiline sağlanması hususuna özel önem atfedecektir.

Madde 15 (1) Panel üyeleri 6 yıllık yenilenebilir dönemler çerçevesinde hizmet vereceklerdir. (2) Herhangi bir panel üyesinin Ölümü veya istifası halinde, bu üyeyi atamaya yetkili makam bu üyenin geri kalan süresi için yeni bir kişi atama hakkına da sahiptir. (3) Panel üyeleri kendi yerlerine atama yapıncaya kadar görevde kalacaklardır.

Madde 16 (1) Bir kişi her iki panelde de görev alabilir. (2) Eğer bir kişi aynı panelde birden fazla âkit ülke temsilcisi olarak veya bir veya birden fazla ülke ve başkan tarafından atanırsa ilk atayan ülkenin temsilcisi olarak farz edilecek veya bu ülkelerden biri onun vatandaşı olduğu ülke ise bunun temsilcisi sayılacaktır. (3) Tüm atamalar Genel Sekreterliğe bildirilecek ve bu bildirimlerin alındığı tarihten itibaren geçerli sayılacaktır.”³⁰³

Paneller, arabuluculuk ve hakem heyetlerinden ibarettir. Panellere üye devletlerin vatandaşlarından bir kişi veya diğer üyelerin vatandaşlarından dört kişi atanmaktadır. Panellere atanan kişilerin bilgi birikimi ve yansızlığı önemlidir. Hakem heyetlerinde yer alacak kişilerin hukuk bilgisine sahip olması şarttır. Panellerde görev alanlar altı yıl için seçilir. Bir kişinin iki panelde de görev almasına engel yoktur.

Merkezin organları ile ilgili İdari ve Mali Düzenlemeler adında çeşitli kurallar da bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, Konvansiyon’u tamamlayıcı niteliktedir. Düzenlemelerin içinde; idari konseyin ve sekreteryanın yapısı ile ilgili hükümler, davalarla ilgili mali hükümler, süreler, dokunulmazlıklar ve resmi dillerle ilgili hükümler bulunmaktadır.³⁰⁴

C. Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID ile Çözümü

Konvansiyon, uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk (uzlaşma) veya tahkim olmak üzere iki yöntem öngörmektedir. Tezimin konusu yatırım uyuşmazlıklarının tahkimle çözülmesi olduğu için arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüldüğüne kısaca değinilecektir.

³⁰³ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 20.06.2019.

³⁰⁴ (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Administrative-and-Financial-Regulations.aspx>, 20.06.2019.

1. Yatırım Uyuşmazlıklarının Arabuluculuk İle Çözümü

Konvansiyon'un 28 ila 35. maddelerinde arabuluculuk prosedürü düzenlenmiştir. Buna göre, ev sahibi devlet veya kaynak devlet vatandaşı yatırımcıdan her biri Genel Sekretere merkezin arabuluculuk faaliyetine rızasının olduğunu içeren bir talepte bulunmalıdır. Genel Sekreter merkezin yargılama yetkisini; uyuşmazlık konusu, taraflar ve rıza bakımından bir ön inceleme yaparak kabul veya reddedecektir. Başvurunun kabulü üzerine arabuluculuk komisyonu kurulacaktır. Başvurunun ardından 90 gün içinde tarafların arabulucu belirleme hakkı vardır. Aksi halde komisyon, başkan tarafından mümkün olduğunca taraf iradelerine dayanarak belirlenecektir. Komisyon, yargılama yetkisinin kendisinde olup olmadığı belirleme yetkisine sahiptir. Komisyonun amacı, taraflar arasındaki anlaşmazlığı tespit ederek çözüm önerisi sunmaktır. Anlaşma sağlandığında veya sağlanmadığında komisyon bir rapor hazırlayarak davayı sona erdirir. Taraflardan birinin görüşmelere katılmaması halinde dava düşecektir. Komisyonun sunacağı rapor, taraflara herhangi bir merci önünde dava açma hakkı tanımaz.³⁰⁵

Arabuluculuk neticesinde sunulan rapor hüküm mahiyetinde değildir. Taraflara sadece uyuşmazlığı çözmeleri için tavsiye sunulmaktadır ve tarafların bu tavsiyeye iyi niyetli bir şekilde uymaları beklenmektedir. Halbuki ICSID tahkimi neticesinde verilen karar, kesin hüküm niteliğinde olup tarafları bağlayıcıdır ve ulusal mahkemelerde tenfizi gerekmeksizin icra edilmesi gerekmektedir.³⁰⁶

2. Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim İle Çözümü

Konvansiyon'un arabuluculuk maddelerinin dışındaki hükümleri tahkim yargılamasına uygulanacaktır. Tahkim ile uyuşmazlıkların çözümünde, Konvansiyon maddelerinin yanı sıra İdari ve Mali Yönetmelik'in, ICSID Kuruluş Kuralları'nın ve ICSID Hakemlik Kuralları'nın da dikkate alınması gerekmektedir. Zira bu kurallar, Konvansiyon'u tamamlayıcı niteliktedir. İdari ve mali yönetmelik; idari konsey ile sekreteryanın işleyişini belirlemenin yanı sıra, süre ve davalarla ilgili mali kuralları belirlediği için tahkim sürecinde dikkate alınmalıdır. Kuruluş kuralları; tahkim talebinin kabulü ile kaydını düzenleyen hükümler ihtiva ettiği için tahkim sürecinde

³⁰⁵ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 23.09.2020.

³⁰⁶ Ceviz, A.e., s. 201.

dikkate alınmalıdır.³⁰⁷ Hakemlik kuralları ise mahkemenin nasıl kurulup işleyeceğini ve kararların nasıl alınacağını tespit ettiği için önemlidir. Ancak kanaatimce ICSID Ek Tesis Kuralları ve Ek Tesis Kurallarına Göre Tahkim Yargılaması Kuralları da tahkim yargılamasında uygulanması gereken kurallar olarak değerlendirilmelidir. Bu kurallar ile normalde tahkim yargılamasının dışında kalan uyuşmazlıkların ICSID tahkimiyle çözülmesine imkân tanınmıştır. Bu durum hem merkezin yargı yetkisinin genişletilmesi hem de tahkime uygulanması gereken yeni kurallar anlamına gelmektedir. Bu sebeple tahkim prosedürünün en sonunda ek kurallarla yargılamada getirilen değişiklikler ayrı bir başlık altında incelenecektir.³⁰⁸

D. Merkezin Yargılama Yetkisi

ICSID'in tahkim yargılaması yapabilmesi için yetkili olması gerekmektedir. Merkezi yargılama yetkisi, ICSID Konvansiyonu veya 1978 yılında kabul edilen Ek Tesis Kuralları ile belirlenmektedir.

1. ICSID Konvansiyonu'na Göre Merkezin Yargılama Yetkisi

ICSID Konvansiyonu'na göre merkezin yargılama yetkisinin tespiti 25. madde ile mümkündür.

“Madde 25 (1) Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz (2) Diğer Âkit ülke vatandaşları; deyimi aşağıdakileri kapsar; a) Âkit 'bir devletin vatandaşlığına sahip herhangi bir kişi haricinde 36 ncı Maddenin 3 üncü Paragrafı veya 28 inci Maddenin 3 üncü Paragrafı uygulanarak istemleri kaydedilmiş ve anlaşmazlık tarihinde söz konusu anlaşmazlığı merkeze sunmak üzere taraf olmuş olan diğer ülke vatandaşları b) Âkit ülke vatandaşlığına sahip herhangi bir yasal kişi haricinde, tarafların rızasıyla anlaşmazlığın Arabuluculuk veya Hakemliğe sunulduğu tarihte taraf olan devlet veya söz konusu tarihte anlaşmazlığa taraf olan Âkit devlet vatandaşlığına sahip olan herhangi bir yasal kişi ve bu sözleşmenin amaçları doğrultusunda yabancı kontrolü yüzünden «diğer bir Âkit devlet vatandaşı» muamelesi görmesi kararlaştırılmış diğer taraflar. (3) Âkit ülkenin herhangi bir alt birimi veya temsilcisi tarafından verilen rızalar bu devletin ayrıca onayının gerekmediğini bildirilmediği durumlarda, devletin onayı gerekir. (4) Kabul ya da onay anında veya onaydan sonra herhangi bir Zamanda herhangi bir Âkit devlet hangi anlaşmazlık türlerini Merkez'in yargı yetkisine sunup sunmayacağını Merkeze

³⁰⁷ Dikran Zenginkuzucu, **Uluslararası Ticaret Ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm Kurumları Kurallar Süreçler, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 109.**

³⁰⁸ (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsidocs/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx>, 25.06.2019.

bildirebilir. Genel Sekreterlik, bu bildirimini tüm taraf ülkelerle gönderecektir. Bu bildirim 1 inci Paragrafdaki gerekli görülen rızayı oluşturmaz.”³⁰⁹

Merkezin yetkisinin Konvansiyon’dan doğması için üç şart bir arada bulunmalıdır. İlk şart maddenin ilk fıkrasına göre; tarafların uyuşmazlığın çözümü için merkeze gitme konusunda anlaşmış olmalarıdır. Bu durum, usulü şart olan rıza kavramı ile ifade edilmektedir. İkinci olarak ilk fıkra da belirtildiği üzere; taraflar arasında doğrudan yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık mevcut olmalıdır. Bu durum ise hakem heyetinin konu bakımından yetkisini doğurmaktadır ve bu yetkinin doğumu için uyuşmazlığın hem yatırımdan kaynaklanması hem de hukuki nitelikte olması şarttır. Üçüncü olarak maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere; uyuşmazlığın bir tarafı Konvansiyon’a üye bir devlet, diğer tarafı Konvansiyon’a üye bir devletin uyruğunda bulunan gerçek veya tüzel kişi yatırımcı olmalıdır. Bu durum ise hakem heyetinin kişi bakımından yetkisini doğurmaktadır. Ayrıca devlet yerine, devletin alt birimi veya devlet tarafından merkeze bildirilmiş temsilcilerin de taraf olma ehliyeti vardır. Yani doğrudan devletle olmayan, devletin başka bir birimiyle yatırımcı arasında doğan uyuşmazlıklar da merkezin yargılama yetkisine girmektedir.³¹⁰

Konvansiyon’a üye olmayan bir devletin tahkim başvurusu Genel Sekreter tarafından başka hiçbir şart incelenmeksizin reddedilir. Üye olmak isteyen devletin üyeliği, 68/2. maddeye göre başvurusundan itibaren 30 gün sonrasında hüküm ifade edecektir. Ancak bir devlet üyelik başvurusunda bulunmuş ve başvurunun akabinde 30 günlük yürürlüğe girme süresi tamamlanmadan tahkime başvuruda bulunmuşsa başvuru reddedilmeyecek sürenin dolması beklenmektedir.³¹¹

Maddeden çıkarılan tasnife göre; merkezin yargılama yetkisinin doğması için rıza, kişi bakımından yetki ve konu bakımından yetki kavramlarının tespiti şarttır. Burada dikkat edilmesi gereken husus; uluslararası yatırım hukukunda yatırım ve

³⁰⁹ (Çevrimiçi)

[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf), 27.06.2019.

³¹⁰ İlyas Gölcüklü, “ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 38, S.2, 2018, s. 290.

³¹¹ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States**, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, s. 144.

hukuki uyuşmazlık kavramlarının tespiti konu bakımından yetkiyle, yatırımcı kavramının tespiti ise kişi bakımından yetkinin tespitiyle eşdeğer olduğudur.

a. Rıza

“Madde 25 (1) Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile **uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş** diğer Âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.”³¹²

25/1. madde uyarınca, merkezin yargılama yetkisinin doğması için taraflar arasında yazılı olarak hazırlanmış ve merkeze sunulmuş tahkime gitme hususunda rıza beyanlarının olması gerekmektedir. Konvansiyon’un Giriş bölümünde belirtildiği üzere; Konvansiyon’a üye olmak, bir uyuşmazlığın merkezin yargılamasına girmesi için yeterli değildir. Konvansiyon’a üye olmak, rıza verileceği hususunda bir beklenti yaratmaz. Rıza verme hususunda tarafların iradeleri serbesttir.³¹³

Rıza için konulmuş tek şart yazılı olmasıdır. Taraflar her uyuşmazlık için yazılı şekil şartına uygun biçimde rıza göstermelidir. Rıza, taraflar arasında uyuşmazlık çıkmadan evvel veya uyuşmazlık çıktıktan sonra verilebilir. Ancak rızanın merkeze başvuru yapılmadan önce verilmiş olması gerekmektedir.³¹⁴

Rıza, tek bir belge ile sunulabilir. Taraflar beraberce bu belgenin altına imza atabilecekleri gibi farklı zamanlarda imzalayabilirler. Birden fazla belge ile de rızanın verilmesi mümkündür.

Rıza, sadece tahkime gitmek için bir onay mekanizması olarak görülmemelidir. Rıza ile yargılama neticesinde çıkacak kararın kabul ve icra edileceği, Konvansiyon kurallarının yargılamaya uygulanacağı da kabul edilmektedir.³¹⁵ Rıza verildiğinde ulusal mevzuat yerine uluslararası hukukla uyuşmazlığın çözüleceği kararlaştırılmış olur. Kural olarak tahkime verilen rıza ile ulusal yargı mekanizmalarının yetkisi ortadan kalkar. Ancak taraflardan biri, ulusal yargı mekanizmasına başvurur ve diğer taraf tahkim hususunda anlaşmalarının olduğuna dair ulusal yargı önünde itirazda bulunmazsa verilmiş rıza kendiliğinden

³¹² (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 27.06.2019.

³¹³ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 217-218.

³¹⁴ Kayıhan v.d., **Uluslararası Ekonomi Hukuku**, s. 270.

³¹⁵ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 191, 217-218.

dikkate alınmayacak ve uyuşmazlığın tahkime gitme imkânı kalmayacaktır.³¹⁶ Öte yandan taraflar arasında bir yatırım sözleşmesi varsa ve sözleşmede ICSID haricinde başkaca tahkim merkezine gidilebileceği kararlaştırılmışsa, devletin yargı bağıışıklığından feragat ettiği hususu tartışmalıdır.³¹⁷ Netice itibariyle, rızayı sağlayan belge uluslararası nitelikte olmadığı halde, doğurduğu sonuç uluslararası niteliktedir.

Merkezin yargılama yetkisinin doğması için kişi ve konu bakımından yetki hususları Konvansiyon hükümleri ile kesin olarak tespit edilmiş olsa da rıza hususunda taraf iradelerinin etkili olması mümkündür. En azından hangi uyuşmazlıkların tahkime gidebileceğinin tespitinde tarafların iradesi hakimdir.³¹⁸ Tarafların verecekleri rızanın kapsamı ile merkezin yargılama yetkisini genişletme imkânı yoktur. Tarafların merkezin yetkisini genişletmesi mümkün olmasa da aşağıda anlatılacağı üzere daraltması çeşitli yöntemlerle mümkündür.^{319*}

Rızanın tamamlanarak merkezin yargılama yetkisinin doğması için basamaklı bir prosedür öngörülmüştür. İlk olarak, ev sahibi devlet ve kaynak devletin Konvansiyon'a üye olması gerekir. Konvansiyon'a üye olmak ön veya objektif şart olarak kabul edilmektedir.³²⁰ Bu ön şartın tamamlanması, merkezin yargılama yetkisine başvurabilmek için tek başına yeterli olmayıp yetkinin doğması tarafların vereceği rıza beyanı ile tamamlanacaktır. Bu beyan ise sübjektif şart olarak adlandırılmaktadır.

(1) Rızanın Verilme Şekilleri

Kural olarak tahkim prosedürünün başlaması için gereken rıza, tahkim sözleşmesi veya tahkim kaydı ile verilir. Keza diğer tahkim kurumlarının ve ad hoc tahkimlerin işleyişi bu şekildedir. Konvansiyon'un 25. maddesi, rızanın verilme şeklinde bu yönde bir kısıtlamaya gitmemiştir.³²¹

³¹⁶ Mustafa Erkan, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 44.

³¹⁷ Figanmeşe, "Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Klotzlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar", s. 106-107.

³¹⁸ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 82-83.

³¹⁹ David A. R. Qc Williams, Simon Foote, "Recent Developments in the Approach to Identifying an 'Investment' Pursuant to Article 25(1) of the ICSID Convention", **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. by: Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, s. 45.

*Rıza konusu için ayrıca bakınız: Kriebaum, **A.e.**, s. 68-70.

³²⁰ Kuşuoğlu v.d., **A.e.** ve Açıklan, **A.e.**

³²¹ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 5.bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 61.

Rıza üç şekilde verilebilir. İlk olarak, uyuşmazlık doğmadan önce tarafların aralarında akdettikleri hukuki metne uyuşmazlıkları çözmek için tahkime gideceklerine dair bir hüküm yani tahkim kaydı koyarak rıza beyanı sunmaları mümkündür. İkinci olarak, uyuşmazlık doğduktan sonra tarafların yapacağı ve tahkim sözleşmesi denilen başka bir hukuki metin ile rızalarını ortaya koymaları mümkündür. Son yöntem ise ev sahibi devletin ulusal mevzuatında rıza hükmünün bulunmasıdır. İstisnai olarak yatırımcının merkeze yaptığı tahkim başvurusunu ev sahibi devletin kabul etmesi halinde de merkezin yargılama yetkisi doğacaktır.

i. Tahkim Kaydı İle Rıza Verilmesi

Taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi tesis eden metne, uyuşmazlık doğması halinde merkeze gideceklerini içeren hüküm koymaları halinde tahkim kaydı ile merkezin yargılamasına rıza verilmesi söz konusudur.

Kural olarak bir anlaşmadaki hüküm, anlaşmadan ayrı düşünülemez. Ancak tahkim kaydı için istisnai bir durum söz konusudur. Ayrılabilirlik ilkesi gereği tahkim kaydı, asıl anlaşmaya bağlı düşünülmeden ve asıl anlaşma geçersiz kabul edilse dahi tarafların tahkime gitme haklarının ellerinden alınmaması için tek başına değerlendirilmelidir.³²²

Rıza tahkim kaydı ile verildiğinde yazılılık şartı kendiliğinde gerçekleşmiş olmaktadır. Taraflar arasında yazılı herhangi bir anlaşma olmaması halinde, tahkim sözleşmesi yapılması şarttır.³²³

İki taraflı yatırım anlaşmalarında, anlaşmaya konulan tahkim kaydı ile devletler açıkça ve önceden rıza vermektedir. Ancak bu kayıt, tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Bir yatırımcı bu hükmeye dayanarak merkeze gitme konusunda rıza gösterirse rıza şartı tamamlanmış olur. Bu durum ulusal mevzuatla rıza verme hususu ile benzerlik göstermektedir.³²⁴

İki taraflı yatırım anlaşmalarında merkeze rıza verilmesi çeşitli hükümler ile mümkündür. Bazı anlaşmalarda, ev sahibi devlet peşinen rıza verebilir veya uyuşmazlık halinde rıza vereceğine ilişkin taahhütte bulunabilir. Bu taahhüt, tek başına bir rıza anlamına gelmemektedir. Kuşkusuz verilen bu taahhüt uluslararası hukuk ilkelerinden ahde vefa niteliğindedir. Ancak Konvansiyon açıkça nitelikli bir

³²² Erkan, **A.e.**, s. 82-83.

³²³ Gölcüklü, **A.e.**, s. 291.

³²⁴ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 205.

rıza beyanı aradığı için bu özel hükmün varlığı karşısında genel ilkenin doğrudan uygulama bulması mümkün değildir.³²⁵

Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmelerinde, genellikle tarafların tahkime rızalarının olduğu veya yatırımcının tahkime başvurabileceğine dair hüküm bulunmaktadır. Ev sahibi devlet ile yatırımcının yaptıkları bu sözleşmeler genellikle eklemeli niteliktedir. Yani tek bir sözleşmeden ibaret olmayan ve birden fazla sözleşme ile yatırım faaliyetinin tamamı tanımlanmaktadır. Eklemeli sözleşmelerin birinde rıza hükmü olabileceği gibi birden fazlasında rıza hükmü tekrarlanabilir. Rızanın bir kez hüküm altına alınmış olması yatırımın birliği ilkesi uyarınca eklemeli sözleşmelerin herhangi birinden doğan uyuşmazlık için merkeze başvurma imkânı yaratır.

Çok taraflı yatırım anlaşmalarında genellikle tahkim kaydı bulunmakta ve böylelikle uyuşmazlık çıkmadan önce devletler tahkime rıza göstermektedir. Yatırımcının bu hükme istinaden yazılı rıza sunması ile merkezin yargılama yetkisi doğmaktadır. Çok taraflı yatırım anlaşmalarından Enerji Şartı Anlaşması, NAFTA ve ASEAN, olası uyuşmazlıklarda üyelerinin ICSID tahkimine başvurabileceğine dair hüküm içermektedir.³²⁶

ii. Tahkim Sözleşmesi İle Rıza Verilmesi

Taraflar uyuşmazlık doğduktan sonra merkezi yetkili kılmak için rıza beyanında bulunmak amacıyla bir tahkim sözleşmesi yapabilirler. Tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartı, yazılı olması ve tahkime gidileceğine ilişkin rızanın açık olmasından ibarettir. Taraflar arasında mevcut yatırım ilişkisinden kaynaklanan veya kaynaklanabilecek yani belirlenebilir nitelikteki olası hak ve menfaat ihlalleri için tahkim sözleşmesi yapılabilir. Ayrıca uyuşmazlığın konusu ve tarafları tahkim sözleşmesinde belirlenmiş olmalıdır. Taraflar belirli tip uyuşmazlıklar için merkezin yargısına başvuracaklarını belirleyebilirler.³²⁷

İki taraflı yatırım anlaşması ile uyuşmazlık halinde tahkim sözleşmesinin yapılması da öngörülebilir. Bazı yatırım anlaşmalarında birden fazla tahkim merkezi için ev sahibi devlet peşinen rıza gösterebilir ve davayı başlatanın içlerinden birini seçmesi hüküm altına alınabilir. Öte yandan birden fazla tahkim merkezine rıza

³²⁵ Açıkalın, **A.e.**,

³²⁶ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 214-217, 241-245.

³²⁷ Erkan, **A.e.**, s. 45-48.

verilirken hangisinin seçileceğinin uyuşmazlığın doğumuna bırakılması da mümkündür.³²⁸

iii. Ev Sahibi Devletin Ulusal Mevzuatı ile Rıza Verilmesi

Ev sahibi devlet, düzenlediği yatırım kanunu ile yatırımcılarla yaşanacak olası uyuşmazlıkların merkezde çözülmesi için peşinen rıza verebilir. Bu rıza, tek taraflı olduğu için yatırımcının da tahkime rıza göstermesi şarttır. Bunun için taraflar arasında yazılı bir anlaşma yapılabileceği gibi, yatırımcının merkeze başvurması ile zımni bir rıza da yatırımcı tarafından verilebilir.³²⁹

Tarafların rızalarının aynı belgede yer alması şartı olmadığından; ev sahibi devletin ulusal mevzuatı ile vereceği tek taraflı rıza, yatırımcının bu rızayı kabul ettiğini içeren bir belgeyi merkeze sunması veya doğrudan merkeze başvurarak zımni bir kabul göstermesi merkezinin yetkisinin doğması için yeterlidir.

Ev sahibi devletin ulusal mevzuatında yer alan ifadeler, yetkinin tespitinde oldukça önemlidir. Ulusal mevzuatta çeşitli şekillerde rıza gösterilebilir. Ev sahibi devlet açıkça rızasını sunabilir veya uyuşmazlık halinde rıza verebileceğine dair mevzuatına bir hüküm koyabilir veya yatırımcının kabulü halinde rıza verilebileceğini hüküm altına alabilir. İlk ihtimalde ev sahibi devlet tarafından rıza verildiği açıktır. İkinci ihtimalde rıza verilmiş değildir, ancak belirli şart ve işlemler neticesinde rıza verilecektir. Üçüncü ihtimalde ise yatırımcının rızayı kabulü gerçekleşse bile yatırımcı rızasını gösteren yazılı bir metni merkeze sunmak zorundadır.³³⁰

Ev sahibi devletin ulusal mevzuatında bulunan rıza hükmü bir öneri (icap) olup bu mevzuat yürürlükteyken yatırımcının uyuşmazlığı tahkime götürmek için merkeze yaptığı başvuru kabul anlamına gelmektedir. Ev sahibi devletin mevzuatına dayanılarak yapılan tahkim başvurusunu kabul eden ilk karar 1992 tarihli SSP v. Egypt davasında verilmiştir.³³¹ Bu sayede ikinci kez taraflar arasında doğrudan bir anlaşma olmaksızın yatırımcının tahkime başvurusu kabul edilmiştir. İlki, yatırım sözleşmesinin uluslararasılaşmasını sağlayan AAPL v. Sri Lanka kararıdır.

³²⁸ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 208-210.

³²⁹ Erkan, **A.e.**, s. 131.

³³⁰ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 196, 203.

³³¹ Burak Terzi, **Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.6.

iv. Yatırımcının Yaptığı Başvuruyu Ev Sahibi Devletin Kabul Etmesi

Taraflar arasında yazılı bir rıza belgesi olmamasına rağmen, yatırımcının merkeze başvurması ve ev sahibi devletin bu başvuruyu kabul etmesi halinde yargılama için rıza prosedürü tamamlanmış olacaktır. Zira hakem heyetlerine göre; rızanın yazılı olması tek şart olup tarafların iyiniyetli olması halinde bu şekilde bir başvurunun tarafların rızalarının olduğu anlamına geldiği kabul edilmelidir.³³²

(2) Devletin Alt Birimlerinin Verdiği Rıza

“Madde 25 (1) Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.”³³³

Maddeden anlaşılabacağı üzere, kural olarak ev sahibi devletin alt birimi rızasını önceden bildirdiği takdirde uyuşmazlık doğduğunda yatırımcı doğrudan merkeze başvurabilecektir. Bu durumda ayrıca ev sahibi devletin yazılı rıza vermesine gerek yoktur. Devletin alt birimi tarafından önceden rıza verilmemiş olsa da devletin alt biriminin yatırımcı ile arasında tahkim sözleşmesi yapmasına herhangi bir engel yoktur.³³⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus, ev sahibi devlet alt birimini yetkilendirdiğinde tayin edilen alt birimin merkeze de bildirilmesi gerekmektedir. Yani devletin alt biriminin yatırımcı ile anlaşma yapmasına izin verilmesi tek başına yeterli olmamaktadır. Eğer merkeze bildirim yapılmamışsa uyuşmazlık halinde, taraflardan birinin ev sahibi devletin alt kurumu olduğu ispatlandığı takdirde yetkisizlik kararı verilmeyecektir.³³⁵

“Madde 25(3) Âkit ülkenin herhangi bir alt birimi veya temsilcisi tarafından verilen rızalar bu devletin ayrıca onayının gerekmediğini bildirmediği durumlarda, devletin onayı gerekir.”³³⁶

³³² Schreuer v.d., **A.e.**, s. 194-195.

³³³ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 10.10.2019.

³³⁴ Gölcüklü, **A.y.**

³³⁵ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 156.

³³⁶ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 10.10.2019.

Maddeye göre, yatırımcı ile yaşanan bir uyuşmazlıkta devletin alt birimi tarafından rıza verilmesi tek başına yeterli olmayıp o alt birimin bağlı bulunduğu devletin de rıza vermesi gerekmektedir. Ancak devlet, merkeze onayının gerekmediğini bildirmişse devletin alt biriminin tek başına verdiği rıza geçerli olacaktır.

Netice itibarıyla ev sahibi devletin alt biriminin vereceği rızanın geçerliliği iki şarta bağlanmıştır. İlk olarak, ev sahibi devletin merkeze bildirdiği bir alt biriminin olması gerekmektedir. İkinci olarak, alt birimin vereceği rızayı onaylaması veya onayına ihtiyacı olmadığını merkeze bildirmiş olması şarttır. İki şartın gerçekleşmesi ile verilen rıza geçerli hale gelecektir. Ev sahibi devlet, bu prosedüre uyarak verdiği rızadan daha sonra vazgeçemez. Rızanın geri alınmazlığı ilkesi uyarınca alt birimin yetkisini sonlandırırsa dahi verilen rıza ile bağlıdır.³³⁷

(3) Rızanın Geri Alınamaması

“Madde 25 (1) ... Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.”

Maddeden anlaşılacağı üzere, karşılıklı olarak rıza verildikten sonra taraflardan birinin tek başına rızasını geri alması mümkün değildir. Bu kavram, yatırım hukukunda zorunlu tahkim olarak tanımlanmaktadır. Maddenin mefhumu muhalifine göre ise taraflar karşılıklı olarak anlaşmaları halinde rızalarını geri alabilirler. Zira tahkim yargılaması ve rıza beyanının ruhu gereği tarafların iradesi esastır. Karşılıklı olarak rızaların geri alınması ile vazgeçme halinde, hakem heyetinin uyuşmazlık hakkında karar vermesi mümkün değildir.³³⁸

Tarafların rızalarını sunduktan sonra geri alamamaları, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tüm aşamaların uluslararasılaşmasını sağlamaktadır.

Rızanın geri alınamaması, ancak rızaların her iki tarafça verilmesinden sonra işleyecek bir hükümdür. Bir tarafın rızasını sunduğu durumlarda, sunan tarafın rızasını geri alması mümkündür. Eğer bu rıza iki taraflı anlaşma ile verilmişse rızanın geri alınması bu anlaşmanın ihlali anlamına gelecektir. Ulusal mevzuatla verilmiş bir rızanın geri alınması halinde, yatırımcının başvurabileceği herhangi, bir

³³⁷ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 257-258.

³³⁸ Gölcüklü, **A.e.**, s. 293-295.

mercii yoktur. Ulusal mevzuatla verilen rızanın geri alınmasını bertaraf etmenin yolu, yatırımcının derhal rıza vermesidir.

Konvansiyon'un 25/4. maddesi uyarınca ev sahibi devlet merkezin yargılama yetkisine girmeyecek uyuşmazlıkları merkeze bildirebilir. Ancak böyle bir liste daha evvelden rıza verilmiş uyuşmazlık türlerinden rızanın geri alınmasını kapsayacak şekilde hazırlanamaz.

Ev sahibi devletin taraflar arasındaki yatırım sözleşmesini feshettiğini belirterek rızasını geri almaya çalıştığı durumlarda, yatırım sözleşmelerinin bölünebilirliği ilkesi uygulanmalı ve hakem heyetinin esaslan yetki hususunu incelemesine imkân verilmelidir. Zira rıza hükmünden ayrı olarak iyiniyetle sözleşmenin gerçekten feshedilip edilmediği incelenmelidir.³³⁹

(4) Rızanın Geçerliliği Ve Geçerlilik Zamanı

Tarafların rıza beyanı sunmaları ve sundukları rızanın hangi uyuşmazlıkları kapsadığı, tamamen tarafların iradelerine bırakılmıştır. Taraflar, merkeze başvurduklarında basit ilk incelemeyi Genel Sekreter yapar. Ancak Genel Sekreterin yapacağı bu inceleme tarafların rıza belgelerinin sunulup sunulmadığı ile sınırlıdır.

Verilen rızanın geçerli olup olmadığı veya hangi uyuşmazlıkları kapsadığı Genel Sekreterin denetiminde olmayıp bu hususu hakem heyetinin çözmesi gerekmektedir. Konvansiyon'un 41. ve Tahkim Kuralları'nın 41/2. maddesi uyarınca yargılamanın herhangi bir aşamasında bu görev hakem heyetindedir. Tarafların rızalarının olmalarına rağmen rıza belgelerinde maddi hata niteliğinde bir eksikliğin olması, merkezin yargılama yetkisinin reddi anlamına gelmemeli ve tarafların bu durumu düzeltmesine izin verilmelidir. Zira tahkim sürecinde önemli olan tarafların iradeleridir. Ancak taraflar rıza belgesinde düzeltme yapmazsa, rıza yokluğu nedeniyle hakem heyetinin yetkisizliği doğacak ve hakem heyetinin verdiği kararın yargı yetkisizliği veya yetkinin aşıldığı iddiasıyla iptal edilme ihtimali söz konusu olacaktır.

Rıza, kural olarak en geç merkeze başvuru anında tamamlanmalıdır. Rıza işleminin tamamlanması ile Konvansiyon'un 25/2, 26, 27/1, 44, 66/2, 70,71 ve 72. maddeleri işlerlik kazanır. Bu maddeler ile sırasıyla; merkezin yargı yetkisi, merkezin yargılamasından önce tüketilecek yollar, diplomatik koruma, hakemlik kurallarının devreye girmesi, Konvansiyon hükümlerinin geçerliliği, Konvansiyon hükümlerinin

³³⁹ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 213, 256, 260-261.

geçerli olacağı alanlar, Konvansiyon'u fesih ve fesih halinde rızanın durumu hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple rızanın tarihinin tespiti oldukça önemlidir. Rızanın tamamlanma anları, oluşan koşullara göre farklılık gösterecektir. Yatırımcının kabulü ile rıza işlemi gerçekleşecekse, rıza yatırımcının onay verdiği tarihte hüküm doğurur. Tarafların uyuşuğu nedeniyle merkezin yargı yetkisi doğmamış, ancak taraflar arasında rıza işlemi tamamlanmış olsa da rıza tarihi tüm koşulların sağlandığı an olarak kabul edilir. Ev sahibi devlet Konvansiyon'a üye olmadan rıza vermiş olsa da bu rıza ancak Konvansiyon'a üyelik sürecinin tamamlanmasıyla geçerli olacaktır.³⁴⁰

(5) Rıza İle Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Vazgeçme

"Madde 26 Bu sözleşme çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, **aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları** demektir. Âkit Devlet, bu rızalarının ön koşulu olarak yerel idarî ve adlî tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir."³⁴¹

Maddeden anlaşılacağı üzere; ICSID tahkimine rıza gösterildiğinde taraflar, diğer uluslararası yargı mekanizmalarına ve diplomatik koruma yoluna başvuramazlar. Rızanın verilmesi, tarafların uyuşmazlığı başka hukuki yollarla çözmesini engeller. Ancak ev sahibi devlet, tahkime başvurmadan önce yabancı yatırımcının iç hukuk yollarını tüketme veya dostane çözümlere başvurma veya uzlaştırmaya başvurma gibi ön koşulların tüketilmesini şart koşabilir. Bu ön koşullardan biri veya hepsi aynı anda yatırım anlaşmasına konulabilir.³⁴²

26. madde, merkezin özerkliğini ve kendi kendine yetme durumunu gösteren madde olması nedeniyle önemlidir. Zira bu madde ile taraflar başka bir mercie gitme hakkından feragat ettikleri gibi uyuşmazlığı sadece merkezde çözmek zorundadır. Bu durum, yargılamanın başlamasıyla merkezin müdahale edilemez oluşu olarak açıklanmaktadır. Merkeze müdahale edilememesi, merkezin kendi kendine yetmesinin bir sonucudur. Ancak tarafların bu münhasır başvuru kuralının aksini bir anlaşmayla kararlaştırabilecekleri aynı madde ile hüküm altına alınmıştır. Burada taraf iradelerine yer verildiği görülmektedir. Maddenin 2. fıkrası ise aksi

³⁴⁰ A.e., s. 217-223.

³⁴¹ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 15.10.2019.

³⁴² Karaoğlu, A.e., s. 217-218.

kararlaştırılmadıkça iç hukuk yollarının tüketilmesinin zorunluluk olmadığını, daha ziyade istisnai olduğunu tespit etmektedir.

Ancak merkeze müdahale edilememesi kuralının istisnası, Konvansiyon'un 25/4. ve 27. maddeleri ile düzenlenmiştir.

“ Madde 25 (4) Kabul ya da onay anında veya onaydan sonra herhangi bir zamanda herhangi bir Âkit devlet hangi anlaşmazlık türlerini Merkez'in yargı yetkisine sunup sunmayacağını Merkeze bildirebilir.”³⁴³

İlk istisnai durum, devletin Konvansiyon'u imzalama, onaylama veya onaydan sonra hangi uyuşmazlıkların merkezin yargılamasından muaf olacağını merkeze bildirmesidir.³⁴⁴

Konvansiyon'un 25/4. maddesi, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde rezervasyon denilen durumun bir görünümüdür. Buna göre; üye devletin anlaşma imzalanırken veya kabul edilirken veya onaylanırken anlaşmayı tadil ederek kimi maddelerinin uygulanmayacağını bildirmesi ile anlaşmanın etkisi sınırlandırılmaktadır.³⁴⁵ Böyle bir durumla karşılaşıldığında; hakem heyetleri öncelikle sınırlamanın devletin hangi birimi tarafından yapıldığını, sonra hangi tür uyuşmazlıkla sınırlandırıldığını tespit etmektedir.³⁴⁶

“Madde 27 (1) Alınabilecek herhangi bir kararın karşı tarafça uyulmaması ve uygulanmaması hali haricinde, bu sözleşme çerçevesinde Hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiç bir Âkit Devlet anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamaz ve uluslararası iddiada bulunamaz. (2) Birinci paragrafın amaçları doğrultusundaki diplomatik koruma anlaşmazlıkların çözümüne kolaylaştırma amacına yönelik gayri resmî diplomatik değişimleri kapsamaz.”³⁴⁷

İkinci istisna, son çare olarak diplomatik korumaya başvurmaktır. Maddeden anlaşılacağı üzere; taraflardan birinin hakem heyetinin kararına uymaması veya kararı uygulamaması halinde karşı taraf diplomatik korumaya başvurabilecektir. Diplomatik koruma, uluslararası hukuka aykırı veya uygun olan bir fiil neticesinde bir

³⁴³ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 15.10.2019.

³⁴⁴ Zenginkuzucu, **A.e.**, s. 108-109.

³⁴⁵ Yıldırım, **A.e.**, s. 302.

³⁴⁶ Gölcüklü, **A.e.**, s. 292-293.

³⁴⁷ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 15.10.2019.

devletin vatandaşına başka bir devletin zarar vermesi nedeniyle zarar gören vatandaşın devletin zarar veren devletten zararın tazminini hukuka uygun şekilde talep etmesidir.³⁴⁸

Uluslararası hukuka göre diplomatik koruma talep edebilmek için bir zararın olması, devletin zarar nedeniyle sorumluluğunun doğması, zarar ile eylem arası illiyet bağı bulunması, zarar veren devletin iç hukuk yollarının tüketilmesi ve zarar görenin diplomatik koruma talep edilen devletin vatandaşı olması şarttır. Yatırım hukukunda, diplomatik koruma ile kaynak devletin uyuşunda bulunan yabancı yatırımcı zarar gördüğü için devlet zarar görmüş kabul edilmektedir.

Uyuşmazlığın çözümünü sağlamak amacıyla yapılan girişimlerin, maddenin öngördüğü diplomatik korumanın dışında olduğu muhakkaktır. Bu madde ile diplomatik koruma son çare olarak tanımlanmış, yatırımcıların devletlerin korumasından faydalanması amaçlanmış ve kaynak devletin uyuşmazlıkta rol alması sağlanmıştır.³⁴⁹

(6) Rızanın Şarta Bağlanması

“Madde 26 Bu sözleşme çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları demektir. **Âkit Devlet, bu rızalarının ön koşulu olarak yerel idarî ve adlî tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir.**”³⁵⁰

Kural olarak rıza, başka hukuki yolların tüketilmesi şartı olmaksızın verilir. Ancak aksi belirtildiği sürece, ev sahibi devlet ulusal hukukundaki yargısal yolların tüketildikten sonra merkeze başvurabileceğini taraflar arasındaki anlaşma ile veya ulusal hukuku ile hüküm altına alabilir. Buna göre; ev sahibi devlet tarafından belirlenmiş ve yatırımcı tarafından kabul edilmiş bu şart tüketilmeksizin merkeze başvurmak mümkün değildir.³⁵¹

³⁴⁸ Sümeyra Sena Kurt, “Uluslararası Hukukta Diplomatik Koruma”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.6, S.2, Temmuz 2020, s. 467-498, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1287430>, 22.12.2020.

³⁴⁹ Ali İbrahim Akkutay, “Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesinin 27. Maddesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 107, 2013, s. 297-320, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1297>, 20.06.2020.

³⁵⁰ (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 21.10.2019.

³⁵¹ Zenginkuzucu, **A.e.**, s. 108.

Rıza, ev sahibi devletin yatırım anlaşmasıyla sınırladığı konular ve şartlarla mevcuttur. Yatırımcı rıza verirken çeşitli sınırlar koyabileceği gibi ev sahibi devletin verdiği rızanın sınırlarını peşinen kabul etmektedir. Konvansiyon'un 25. maddesi çerçeveden ibaret olup rızaya ilişkin şart veya sınırlamalar taraf iradelerine bırakılmıştır. 25/4. madde ise rızanın şartı olmayıp merkezin yargı yetkisinin kabul edilmediği uyuşmazlıkların ev sahibi devlet tarafından sıralanmasından ibarettir.

Tüketilmesi gereken hukuki yöntemlere örnek olarak dostane çözüm için müzakerelere başlamış olma veya ev sahibi devletin ulusal mahkemelerine başvurma verilebilir. Bu yollar tüketilmeksizin merkeze yapılan başvuru yetkisizlik nedeniyle reddedilecektir. İç hukuk yoluna başvurulup uyuşmazlık belirli bir süre içinde çözülemezse veya verilen karar uyuşmazlığın çözümünü sağlamıyorsa, yatırımcının uluslararası tahkime başvurma hakkının olduğu kabul edilmelidir.³⁵²

(7) ICSID Konvansiyon'undan Çekilme Halinde Rıza

"Madde 71 Herhangi bir âkit ülke sözleşmenin yeddi eminine yazı ile sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir. Fesih, bildirimin ulaşmasından 6 ay sonra yürürlüğe girer.

Madde 72 Madde 70 ve 71'e uygun bir bildirim, o ülkenin veya ilgili alt birimlerinin veya temsilcilerinin veya vatandaşlarının, bildirimin ulaşmasından önce Merkez rızası dışında doğan hak ve yükümlülüklerini etkilemez.

Madde 75 Yeddi emin aşağıdakileri tüm âkit ülkelere bildirecektir : ... f) Madde 71'e göre yapılan fesih bildirimini...."³⁵³

Konvansiyon'u fesheden devlet, doğrudan Konvansiyon'un sorumluluklarından kurtulamaz. Öncelikle fesih, bildirimden altı ay sonra hüküm ifade eder ve bu sebeple fesheden devletin sorumluluğu halen sürmektedir. İkinci olarak fesihden evvel verilen rızalar, geçerliliğini sürdürmektedir.³⁵⁴

Konvansiyonun 71. maddesine göre ICSID'e taraf bir devlet, istediği zaman usulüne uygun olarak sözleşmeyi tamamen yürürlükten kaldırabilir. Bu süreçte izlenecek prosedür, depoziter kurum olan Dünya Bankası'na çekilme beyanında bulunmaktır. Bu bildirimden itibaren 6 ay sonra sözleşme kendiliğinden sona erer ve

³⁵² Schreuer v.d., **A.e.**, s. 230-231, 237-240.

³⁵³ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 23.10.2019.

³⁵⁴ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 144.

bu durum diğ er taraf devletlere madde 75 uyarınca depoziter tarafından bildirilir. Kaynak devlet ve ev sahibi devlet arasında iki taraflı yatırım anlaşmasının olması halinde, yabancı yatırımcı ev sahibi devletin Konvansiyon'dan çekilmesine rağmen, bu anlaşmaya dayanarak bir uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürebilmektedir. Zira ICSID sözleşmesinden çekilme; ICSID yargılamasının yetkisini tek başına ortadan kaldırmamakta, ayrıca iki taraflı yatırım anlaşmalarının da feshedilmesi gerekmektedir. Öte yandan iki taraflı yatırım anlaşmalarında, genellikle ev sahibi devlet Konvansiyon'dan çekilse bile belirli süre yatırımcının uyuşmazlık için merkeze başvurma hakkı saklı tutulmaktadır.³⁵⁵ Konvansiyonun 72. maddesine göre, sözleşmenin yürürlükten kaldırılması beyanından evvel verilmiş rızaların oluşturduğu hak ve borçların da devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Netice itibariyle bu maddeler sayesinde, ev sahibi devlet ICSID sözleşmesinden çekilse bile taraflar arasında uyuşmazlığın ICSID yargılamasının yetkisinde olduğu kabul edilmektedir.

Bu maddeler sadece rıza konusu bakımından değil, yatırımcının merkezden yararlanamayacağı durumlar olarak da değerlendirilmelidir. Maddelerden yola çıkılarak yatırımcının ICSID tahkiminden yararlanamayacağı üç an söz konusudur. İlk olarak ev sahibi devletin fesih tarihi, ikinci olarak 71. maddede öngörülen 6 aylık sürenin dolması ve son olarak iki taraflı yatırım anlaşmasının sona ermesi ile yatırımcı merkezin yargılamasından yararlanamaz.³⁵⁶

b. Konu Bakımından Yetki

ICSID tahkiminde konu bakımından yetkinin tespiti için Konvansiyon'un 25/1. maddesine bakmak gerekmektedir.

“ Madde 25 (1) Merkezin yargılama yetkisi, Âkit  lkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğ er akit devlet vatandaşları arasında **yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları** kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.”³⁵⁷

Maddeden anlaşılacağı üzere; merkezin yargılama yetkisinin doğması için türü fark etmeksizin yatırım kabul edilen bir ekonomik faaliyetten kaynaklanan

³⁵⁵ Gölcüklü, **A.e.**, s. 295-296.

³⁵⁶ G mez, **A.e.**

³⁵⁷ ( evrimi i)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 01.11. 2019.

hukuki uyuşmazlığın taraflar arasında hasıl olması gerekmektedir. Konu bakımından yetkiden bahsedebilmek için hem yatırım hem de hukuki uyuşmazlık olmak üzere iki unsurun mevcudiyeti şarttır. Mevcut olan bu şartlar arasındaki sebep sonuç ilişkisi ise illiyet bağı ile açıklanmaktadır. Doktrinde kimi yazarlarca illiyet bağı da bir unsur olarak kabul edilmektedir. Kanaatimce illiyet bağı da konu bakımından merkezin yetkisinin tespiti için gereken üçüncü unsurdur. Bu sebeple konu bakımından yetki, bu üç unsurun bir arada bulunması ile doğmaktadır.

(1) Hukuki Uyuşmazlık

Bir uyuşmazlığın hukuki olarak kabul edilebilmesi için tarafların iddialarının hukuk tarafından koruma altına alınmış bir hakkın veya yüklenilmiş bir sorumluluğun ihlaline dayanması gerekmektedir.³⁵⁸ Yani uyuşmazlığın, bir hakkın korumasına veya sorumluluğun yüklenilmesine dayanması veya bu hak veya sorumluluğun ihlali nedeniyle tazmin edilebilecek nitelikte olması gerekmektedir.³⁵⁹ Bu şarttan; uyuşmazlığın tarafları arasında karşılıklı hak ve yükümlülüklerle ilişkin fikir çatışmasının bulunması, hukuki görüşte farklılığa düşmeleri ve menfaat çatışması anlaşılmalıdır.³⁶⁰

Konvansiyon'da hukuki uyuşmazlık tanımı açıkça yapılmamasına rağmen, İcra Direktörleri Raporu'na göre hukuki uyuşmazlık kavramı tanımlanmış ve hak uyuşmazlıklarının tahkime konu edilebileceği belirtilmiştir. Hak uyuşmazlığı kavramına; zararın tazmin edilmesi ve haksız eylem nedeniyle eski hale iade talepleri dahildir.³⁶¹

Hukuki uyuşmazlık kavramını somutlaştırmak için Cemal Şanlı'nın tasnifine başvurmak gerekmektedir. Cemal Şanlı'ya göre, akdedilen ikili yatırım anlaşmaları esas alındığında yatırım tahkiminin aradığı hukuki uyuşmazlıklar üç şekilde görülmektedir. Bunlardan ilki, devlet ve diğer devlet vatandaşı yabancı gerçek veya tüzel kişiler arasındaki yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. İkincisi, ev sahibi devletin yabancı yatırımlarla ilgilenen makamının yabancı yatırımcıya sağladığı bir yatırım izninin yorumlanması veya uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Üçüncüsü, bir yatırımla ilgili olarak ve sözleşmeyle

³⁵⁸ Yılmaz, A.e., s. 32.

³⁵⁹ Zenginkuzucu, **Devlet Ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi**, s. 98.

³⁶⁰ Karaoğlu, A.e., s. 214-215.

³⁶¹ Açıkalın, A.e.

veya o yatırım için özel yaratılan bir hakkın çığnendiğı iddiasından doğan uyuşmazlıklardır.³⁶²

Taraflar arasında hukuki görüş veya çıkar farklılığından kaynaklanan hukuki uyuşmazlık, taraflar arasında en azından belirli bir seviyede iletişimi gerekli kılmaktadır. Belirli bir süre içinde yanıt vermemek, uyuşmazlığın mevcudiyetine delalettir. Öte yandan anlaşmazlık somut olmalıdır. Zira merkezin görev tanımında uyuşmazlıkların tespiti olmadığından tarafların uyuşmazlığı somutlaştırmaları gerekmektedir. Bu somutlaştırma gerekliliğı, Kurum Kuralları'nın 2/c. maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Buna göre, davacı doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olduğunu somut olarak belirtmelidir. Davacının yasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmesi, hukuki uyuşmazlığa delalettir.³⁶³

Konvansiyonda hukuki uyuşmazlık tanımlanmadığı için tarafların iradesini yansıtan anlaşmalara ve eylemlerine bakmak gerekmektedir. Hakem heyetine başvuru için uyuşmazlığın belirli bir dereceye ulaşması gerekmemektedir. Taraflar anlaşma ile aksini kararlaştırmış olsa da yatırımla dolaylı ilişkisi olan uyuşmazlıklar hakem heyetine götürülemez. Kaldı ki başvuru yapılsa bile taraflar arasındaki bu anlaşmayla bağılı olmayan hakem heyeti yetkisiz olduğuna karar verecektir.³⁶⁴

(2) İlliyyet Bağı

İlliyyet bağından anlaşılması gereken, hukuki uyuşmazlıkla yatırım arasında ilginin bulunmasıdır. Hukuki uyuşmazlığın, taraflar arasındaki yatırım ilişkisi neticesinde doğması gerekmektedir.³⁶⁵

Konvansiyon'un 25/1. maddesine göre hukuki uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanması gerekmektedir. Maddedeki "doğrudan" ifadesi yatırımın türünü değil, hukuki uyuşmazlık ile yatırım arasındaki doğrudan ilgiyi ifade etmektedir. Yatırımın doğrudan veya dolaylı nitelikte olması aranmaksızın yatırımın bizatihi kendisinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olmalıdır.

Uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanması tek başına yeterli kabul edilmemelidir. Uyuşmazlığın yatırımla makul ve yakından bir ilişkisinin olması şarttır. Yatırım için hayati önem taşıyan ancak başka anlaşmalara dayanan işlemler de

³⁶² Şanlı, A.e., s. 579-580.

³⁶³ Schreuer v.d., A.e., s. 94-99.

³⁶⁴ Ceviz, A.e., s. 206-207.

³⁶⁵ Zenginkuzucu, **Uluslararası Ticaret Ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm Kurumlar Kurallar Süreçler**, s. 104-105.

nedensellik ilişkisi içinde değerlendirilmeli ve doğrudan bir yatırımdan kaynaklandığı kabul edilmelidir. Yatırım ve uyumsuzluk arasında doğrudan bir ilişkinin olmadığı durumlarda Ek Tesis Kuralları'na göre merkeze başvurulabilir.³⁶⁶

(3) Yatırım

Uluslararası yatırım hukukunda tanımlanması gereken ana kavram yatırımdır. Zira iki veya çok taraflı anlaşmalarla veya yatırım sözleşmeleriyle taraflara bahşedilen haklar ve yükümlülüklerin belirlenebilmesi, yatırım kavramının tanımlanmasından geçmektedir. Uluslararası yatırım hukukuna göre yatırım kavramı, ekonomik anlamda yapılan tanımdan farklılık göstermektedir.

Devletler arası sermaye transferini içeren, belirli bir süre devam eden ve devletler arasındaki bu sermaye transferi nedeniyle oluşan hukuki ilişkinin neticesinde yatırımcının kâr elde ettiği ve risk içeren ekonomik faaliyetler uluslararası yatırım olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan anlaşılacağı üzere yatırım hukukunda uluslararası yatırım, yatırımcının uyuşuğu ve yatırımın niteliğine göre belirlenmektedir.³⁶⁷

Konvansiyon'da yatırım tanımı yapılmamış ve ucu açık bırakılmıştır. İcra Direktörleri Raporu'na göre; yatırım tanımı için Konvansiyon'da bir girişimde bulunulmamış, ancak taraflara yatırım saydıkları veya saymadıkları faaliyetleri bildirmeleri için 25/4. madde düzenlenmiştir.³⁶⁸ Dikkat edilmesi gereken husus, 25/4. maddeye başvuran bir devletin Konvansiyon'a çekince koyduğu veya merkezin yargılama yetkisini kısıtladığı anlamına gelmediğidir. Ayrıca bu bildirimin hukuki anlamda sonuç doğurabilmesi için yapılan yatırım anlaşmalarına veya sözleşmelerine de merkeze bildirim yapıldığına dair hüküm konulması gerekmektedir.³⁶⁹

Konvansiyon ve Dünya Bankası'nın amacına göre 25. maddedeki en yalın anlamıyla yatırım, ev sahibi devlete bir katkı sağlamalı ve doğası gereği belirli bir değer üretmelidir. Konvansiyon'un tamamlandığı dönemdeki temel amacı, az gelişmiş ülkelere yapılacak nitelikli yatırımlar sayesinde bu devletlerin ekonomik

³⁶⁶ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 106-112.

³⁶⁷ Yılmaz **A.e.**, s.10.

³⁶⁸ Katia Yannaca-Small "Definition of 'Investment': An Open-ended Search for a Balanced Approach", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 248.

³⁶⁹ Yılmaz **A.e.**, s. 28, 32.

kalkınmalarını sağlamaktır. Bu sebeple Konvansiyon'un imzaya açıldığı süreçte, ilk hedefinin doğrudan yatırımların teşvik edilmesi olduğu söylenebilir.³⁷⁰

Konvansiyon'da yatırım tanımı yapılmamasının sebebi, devletlerin bu konuda kendi aralarında müzakere etmelerine imkân tanınarak taraflar arasında dengeyi gözetmektir.³⁷¹ Yatırımın tanımlanmamasının bir diğer sebebi, yatırımın değişkenlik göstermesidir. Zira daha evvel yatırım olarak kabul edilmeyen ekonomik faaliyetler, günümüzde yatırım olarak kabul edilmektedir. Ekonomik faaliyetlerin kendine özgü dinamik yapısı nedeniyle hak kaybının yaşanmaması için yatırımın bir tanım ile sınırlandırılmaması gerekmektedir.³⁷²

Yatırım tanımı için bakılabilecek iki kaynak Konvansiyon'un Önsözü ve İcra Direktörleri Raporu'dur. Önsöze göre, devletlerin kalkınması için ekonomik işbirliği şarttır ve bu sebeple olası uyuşmazlıkların çözümü için ICSID'e ihtiyaç vardır. Buna göre önsöz, esnek bir yatırım tanımından ve uyuşmazlıkların kurum nezdinde çözülmesinden yanadır. Diğer kaynak İcra Direktörleri Raporu da taraf iradelerinin yatırım tanımında önemli olduğunu kabul etmektedir. Devletlerin kalkınması için işbirliği ICSID'in temel amacı olduğundan ve kalkınmayı sağlayacak araçların zamanla değişmesi nedeniyle yatırım tanımının esnek olması gerektiği fikrini rapor desteklemektedir.³⁷³

Yatırım hukukunda, yatırım kavramı ve yatırımın korunması uluslararası asgari muamele ilkesinden gelişmiş ve bu ilkeye aykırı davranan devletin sorumluluğunun doğacağı genel kabul görmüştür. Yatırımın bir mülkiyet şekli olarak kabulü, yatırımcının mülkiyet hakkına sahip olmasını sağlamış ve ev sahibi devletin bu hakkın ihlali halinde zararı tazmin etmesi gerektiği fikri gelişmiştir. Ancak yabancı

³⁷⁰ Jeremy Marc Exelbert, "Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment Under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End", **Fordham Law Review**, Vol. : 85, Iss. :3, 2016, pp. 1243- 1279, (Çevrimiçi) <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol85/iss3/12/>, 17.05.2020.

³⁷¹ Wenhua Shan, Lu Wang "The Concept of "Investment": Treaty Definitions and Arbitration Interpretations", **Handbook of International Investment Law and Policy**, Ed. by: Julien Chaisse, Sufian Jusoh, Leïla Choukroune, Singapore, Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2019, (Çevrimiçi) http://link-springer-com-443.webvpn.fjmu.edu.cn/referenceworkentry/10.1007%2F978-981-13-5744-2_125-1, 26.09.2020.

³⁷² Bilgin Tiryakioğlu, "Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımdan Yetki", **Uluslararası Yatırım Tahkimi Ve Üçüncü Kişi Finansmanı**, Ed.: Ceyda Süral Efeçinar vd., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 14.

³⁷³ Barton Legum, Caline Mouawad "The Meaning of 'investment' in the ICSID Convention", **Making Transnational Law Work in the Global Economy Essays in Honour of Detlev Vagts**, Ed. by: Pieter H. F. Bekker, Rudolf Dolzer, Michael Waibel, New York, Cambridge University Press, 2010, s. 341-342.

yatırımcıya tanınan mülkiyet hakkı, fiziki varlıklarla sınırlıdır. Mülkiyet hakkı değişmeyen bir tanıma sahipken yatırım tanımı değişken olup sermaye transferlerinin şeklinin değişmesiyle yeniden tanımlanmaktadır.³⁷⁴ Yatırım anlaşmalarında korunan değer doğrudan yatırımlar olduğu muhakkaktır. Portföy yatırımlar, devletler arası ilişkilerin gelişmesi ile anlaşmaların kapsamına dahil edilmiştir. Günümüze gelince ise fikri mülkiyet haklarının da artık yatırım olarak kabul edildiği ve korunduğu görülmektedir. Maddi olmayan varlıkların yanı sıra yatırımcının ev sahibi devletten elde ettiği ve yatırımın tamamlanmasını sağlayan idari haklar da anlaşmalarla koruma altına alınmaktadır.³⁷⁵ Yatırım kavramının kapsamına hizmet sözleşmeleri, teknoloji transferleri gibi yeni yatırım türleri de girmektedir. Ev sahibi devletle kalıcı bir ekonomik ilişkiyi öngörmeyen sözleşmelerin yatırım kabiliinde olması mümkün değildir.³⁷⁶

Yatırım tanımının yapılmasında tarafların serbest iradesinin önem kazandığı kuşkusuzdur. Yatırım tanımı geniş, dar, pozitif ve negatif olarak yapılabilir. Taraflar, geniş veya dar olarak yatırım tanımı yapabilirler. Yatırımın dar olarak tanımlanması halinde, belirli bir dönem içinde sermaye stoğunu artırmaya yönelik faaliyetler yatırım olarak kabul edilmektedir. Buna göre; bir ekonomik faaliyetin yatırım olarak kabul edilebilmesi için kaynak transferinin olması, uzun vadeli sürmesi, gelir elde etme amacıyla yapılması, yatırımcının da faaliyete katılması ve risk unsurunu ihtiva etmesi gerekir. Yatırımın geniş tanımlanması halinde bir tüketicinin yaptığı en ufak bir tasarrufun yatırıma dönüştüğü kabul edilir ve gelir beklentisi olmayan ve sermaye artışı beklenmeyen her türlü ekonomik faaliyet bu tanıma dahildir.³⁷⁷ Yatırımın pozitif tanımlanmasıyla hangi ekonomik faaliyetlerin yatırım kabul edileceği belirlenirken negatif tanımlanmasıyla hangi ekonomik faaliyetlerin yatırım kabul edilmeyeceği sıralanır. Negatif yatırım tanımına göre; herhangi bir satış işlemi veya herhangi bir ticari işlem, yatırım olarak kabul edilmemektedir. Hakem heyetlerinin kararlarından yola çıkarak negatif tanıma örnek olarak; olağan bir ticari faaliyetin taşıdığı risk, yatırımın taşıdığı risk niteliğinde değildir. Alım ve satım işleminden ibaret olan sözleşmeler yatırım olarak kabul edilemez. Tarafların yatırımı tanımlarken

³⁷⁴ Yannaca-Small, **A.e.**, s. 244.

³⁷⁵ Sornarajah, **The International Law On Foreign Investment**, s. 11-15

³⁷⁶ Akıncı, "Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi", s. 280.

³⁷⁷ İzmirli, **A.e.**

iradelerinin sınırı Konvansiyonun 25. maddesidir. Bu maddeye uygun olmayan bir yatırım tanımı tarafların rızası ile de yatırım haline gelemmez.³⁷⁸

Yatırım kavramı, tarafların ICSID tahkimine verdikleri rızanın tespitinde de rol oynadığı için oldukça önemlidir. Yatırım ile rıza kavramları birbirinden ayrılamaz niteliktedir. Rızanın ön koşulu ve verilen rızanın sınırı, yatırım kavramının tespitiyle belirlenmektedir.³⁷⁹ Hakem heyetleri bir ekonomik faaliyeti yatırım olarak tespit ederken tarafların rıza beyanlarını içeren belgeleri delil olarak değerlendirilmeli ve yatırımı tanımlarken kullanılmalıdır.³⁸⁰

Konvansiyon'da yatırım tanımlanmadığı için yatırım tanımı çok taraflı veya iki taraflı yatırım anlaşmaları ve hakem kararları ile tespit edilmektedir.

i. Çok Taraflı Ve Sektörel Yatırım Anlaşmalarına Göre Yatırım Kavramı

Çok taraflı anlaşmalarda, gelişebilecek yeni yatırım türleri göz önüne alınarak hak kaybının yaşanmaması amacıyla yatırım tanımı geniş tutulmaktadır. Bu çerçevede, yabancı yatırımcının fiziksel malları mal olarak kabul edilip fikri mülkiyet haklarını da kapsayan gayri maddi hakları ile yatırımın yönetim hakkı koruma altına alınmaktadır.³⁸¹ Örneğin MIGA'nın amacı, gelişmekte olan ülkelere sermaye ve teknoloji transferinin özendirilmesidir. Bu sebeple, ticari olmayan risklere karşı tüm yatırım türlerini korur. Sektörel anlaşmalardan Enerji Şartı Anlaşması, yalnızca enerji sektöründeki yatırımları korumaktadır.³⁸²

ii. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarına Göre Yatırım Kavramı

İki taraflı yatırım anlaşmalarında yatırım üç yöntemle tanımlanmaktadır. Bunlardan ilki, örnekleyici liste yaklaşımı olup yatırım olarak kabul edilebilecek ekonomik faaliyetler örnek olarak sayılıp tanımda herhangi bir kısıtlamaya gidilmez. Sınırlı bir liste olmaksızın örnek kabilinde sayılan, oldukça geniş ve doğrudan yatırım tanımını aşan bir nitelikte yaptırım tanımı yapılan bu usule göre, tüm malvarlıkları yatırım kavramına dahildir. Bu yöntemin amacı, gelişebilecek yeni

³⁷⁸ Stratos Pahiş, "Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law", *Yale Journal of International Law*, Vol. 45, 2020, pp. 69-132 (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3444618#, 26.11.2020.

³⁷⁹ Erkan, A.e., s. 209.

³⁸⁰ Schreuer v.d., A.e., s. 119.

³⁸¹ İzmirli, A.e.

³⁸² Dost, s. A.e., s. 112.

yatırım türlerinin de anlaşmanın korumasından faydalanmasını sağlamaktır. Bu yöntemin bir anlaşmada var olduğu, her türlü mal varlığının yatırım kabul edilmesi ve sayılan örneklerin sınırlayıcı nitelikte olmadığıın beyan edilmesiyle anlaşılmaktadır.³⁸³ Örneğin; taşınır ve taşınmaz mallar, ipotek hakkı, hisse senedi, sözleşmeye dayalı alacaklar, fikri mülkiyet hakları, imtiyazlar bu tanımlama yöntemi ile yatırım kabul edilir. Ancak genellikle ikili yatırım anlaşmalarında yatırım kavramı sınırlanmakta, yatırıma konu olan menkul veya gayrimenkulün ev sahibi devletin sınırları içinde olması şart koşulmaktadır. Bu yöntemin dezavantajı ise devletlerin yatırım kabul etmek istemediği faaliyetlerin de yatırım kabul edilerek devletlerin uyuşmazlığın tarafı olmasına sebep olmasıdır.³⁸⁴

İkinci yöntem, örnekleyici liste verilmesinin yanı sıra bir yatırımda olması gereken ancak sınırlayıcı olmayan belirli özelliklerin de tespit edilmesidir. Tüm maddi ve gayri maddi varlıkların yatırım olarak tanımlandığı bu yöntemle, bir yandan geniş bir yatırım tanımı yapılmakta bir yandan da bazı ekonomik faaliyetlerin yatırım olarak sayılmaması için anlaşmanın içine açıklama hükümleri konulmaktadır.³⁸⁵

Üçüncü yöntem ise sınırlayıcı yatırım tanımı yapılmasıdır. Bu tanımlama yönteminde yapılan yatırım tanımı, örnek kabiliinde değildir. Yatırım, tanımda belirlenen kriterlere uymak zorundadır.³⁸⁶ Sınırlama yöntemi olarak, ticari olmayan amaçlar için kullanılan malvarlıklarının ve aynı menfaat sağlamayan finansal işlemlerin yatırım sayılmaması tercih edilmektedir.³⁸⁷ Ayrıca yatırım tanımını sınırlamak amacıyla yatırımın belirli süre geçerli olması, kalkınma sağlaması, kalıcı menfaat sağlaması, ev sahibi devletin yasalarına uygun olarak yapılması gerektiğine dair hükümler de konulmaktadır.³⁸⁸ Bir anlaşmada sınırlayıcı yatırım tanımı tercih edilse de uyuşmazlık halinde hakem heyeti hem yatırım anlaşması hem de Konvansiyon hükümlerine göre inceleme yapacaktır. Yani taraflar bu yöntemi tercih ederek hakem heyetinin incelemesinden kaçınamazlar. Bir diğer sınırlama yöntemi, yatırım anlaşmasının geçerlilik süresinin ve tahkime başvuru süresinin kısıtlanmasıyla zaman bakımından sınırlamaya gitmektir. Anlaşmanın yürürlük tarihinden itibaren yapılan yatırımlar için anlaşmanın geçerli olacağı, yürürlük öncesi yapılan yatırımların tahkim sürecine dahil edilmeyeceği veya anlaşmanın

³⁸³ Yılmaz, **A.e.**, s. 62-63.

³⁸⁴ Shan v.d., **A.e.**

³⁸⁵ Çalışkan, **A.e.**, s. 89-93.

³⁸⁶ Yılmaz, **A.e.**, s. 68.

³⁸⁷ Çalışkan, **A.e.**, s. 95.

³⁸⁸ Shan v.d., **A.e.**

feshedilmesi halinde belirli bir süre daha anlaşmanın geçerli kabul edilmesi gibi maddeler, zaman bakımından sınırlamanın örnekleridir.³⁸⁹

Netice itibarıyla hem iki taraflı hem de çok taraflı anlaşmalarda yatırım tanımı ile ilgili benzerlikler görülmektedir. Öncelikle iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırım tanımı ağırlıklı olarak mülkiyet hakkını, fikri hakları, ekonomik değerleri ve tarafların beklentilerini kapsamaktadır. Bu tanımlardan yola çıkarak yatırımın hangi türde yapılabileceği de tespit edilebilecektir. İkinci olarak, iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında benzer sınırlama yöntemlerine rastlamak mümkündür. Yukarıda sayılan sınırlama yöntemlerinin her iki tip yatırım anlaşması için tercih edildiği görülmektedir.³⁹⁰

iii. Hakem Heyetleri Kararlarına Göre Yatırım Kavramı

Yatırımın tanımının hakem heyetlerince yapılmasının sebebi, uyumsuzluk esnasında özellikle ev sahibi devletlerin Konvansiyon'da bırakılan bilinçli boşluktan faydalanarak yatırımcının faaliyetinin yatırım olmadığı yönündeki savunmalarıdır.³⁹¹ Hakem heyetlerinin yatırım tanımını tespit etmesinin hukuki dayanağı Konvansiyon'un 41. maddesidir. Bu maddeye göre, merkezin yargılama yetkisini tespit etmek hakem heyetlerinin görevidir.³⁹² Hakem heyetlerine verilen bu görev uyarınca hakemler; merkezin yargılama yetkisini oluşturan rıza, yatırım ve yatırımcı kavramlarını tanımlamakla mükelleftir.

Hakem heyetleri, çift yönlü yaklaşım (çift anahtar deliği yaklaşımı veya çift namlulu test) denilen yöntemle bir ekonomik faaliyetin yatırım olup olmadığına karar vermektedir. Bu yaklaşıma göre hem ICSID Konvansiyonu'ndaki hükümler özellikle 25. madde ile uyum hem de taraflar arasındaki yatırım anlaşması veya sözleşmesi değerlendirilerek yatırım tanımı yapılmaya çalışılmaktadır. Bu test ile yatırım tanımının yanı sıra, tarafların rızalarının varlığının tespiti için kullanılmaktadır.^{393*}

Doktrinde anlaşmada yatırım tanımının bulunmaması halinde, hakem heyetlerinin yatırım hukukunun kaynaklarını yatırımın tanımının tespiti için kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin

³⁸⁹ Yılmaz, **A.e.**, s. 69, 83-88.

³⁹⁰ Karaoğlu, **A.e.**, s. 93-94.

³⁹¹ Legum v.d., **A.e.**, s. 329.

³⁹² Yannaca- Small, **A.e.**, s. 249.

³⁹³ Exelbert, **A.e.**

*Çift namlulu test için bakınız: Schreuer v.d., **A.e.**, s. 119, Williams v.d., **A.y.**, Shan v.d., **A.e.**, Yannaca- Small, **A.y.**

31. maddesine göre yatırım tanımlanmalıdır. Buna göre bir anlaşmanın hükümleri; anlaşmanın amacına, lafzına ve ruhuna göre iyiniyetli bir şekilde yorumlanacaktır. 31. maddede belirtilen koşulların sırayla uygulanması gerekmez. Bu koşullar, bütüncül olarak değerlendirilmelidir. Anlaşmanın lafzı değerlendirilirken anlaşmanın imzalanma zamanı da dikkate alınmalıdır.³⁹⁴ Eğer yatırım bu maddeye göre tanımlanmazsa Viyana Sözleşmesi'nin 32. maddesi uygulanmalı ve yatırım anlaşmalarının ve sözleşmelerinin hazırlık çalışmaları ile önsözleri de kaynak olarak değerlendirilmelidir.³⁹⁵ Tarafların anlaşmayı akdettikten sonraki davranışları da yorumlamaya yön verir.

Doktrinde, hakem heyetlerinin yatırımı tanımlama yöntemleri objektif yaklaşım ve subjektif yaklaşım olarak tasnif edilmektedir.

1. Objektif Yaklaşım

Objektif yaklaşım, merkezin yargı yetkisinin doğması için yatırımın özerk ve bir çerçeve sunacak şekilde tanımlanmasını ifade etmektedir.³⁹⁶ Her somut olaya göre yatırım tanımının yapılmasının içtihatlarda birlik sağlayamayacağından bahisle yatırım tanımının belirli kriterlere göre tanımlanmasını tercih eden objektif yaklaşım, daraltıcı yorum olarak da kabul edilir.³⁹⁷ Objektif yaklaşım; Fedax, Salini ve Phoenix kararları ile geliştirilmiştir. Geliştirilen bu şartlar, Salini kriterleri veya Salini testi olarak kabul edilmektedir.

Yatırımın objektif tanımına dair en çok atıf yapılan hakem kararı Salini kararı olmasına rağmen 1997 yılında verilen Fedax v. Venezuela davası kararı, yatırımın objektif tanımının ilk örneğini oluşturmaktadır.³⁹⁸ Fedax v. Venezuela davasında, hakem heyeti bir ekonomik faaliyetin yatırım olarak sayılabilmesi için yatırımın dört kriterle sahip olması gerektiğine karar vermiştir. Bu kriterler; yatırımın belirli bir süre devam etmesi, yatırımcıya belirli bir getiri sağlaması, yatırımın risk içermesi ve ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlamasıdır.³⁹⁹

Yatırımın objektif tanımlandığı ve bu konuda en çok kabul gören karar, Salini davası sonucunda belirlenen Salini kriterleridir. 2001 yılında sonuçlanan Salini v. Morocco davasında, bir ekonomik değer yatırım olarak kabulü için dört kriterle

³⁹⁴ Legum v.d., **A.e.**, s. 335-336.

³⁹⁵ Exelbert, **A.e.**

³⁹⁶ Legum v.d., **A.e.**, s. 330.

³⁹⁷ Açıklan, **A.e.**

³⁹⁸ Giray, **A.e.**, s. 28-29.

³⁹⁹ Karaoğlu, **A.e.**, s. 103.

sahip olması gerektiğine hükmedilmiştir. Salini Kriterleri de denilen bu kriterler; yatırımın bir ekonomik değerde katkı sağlaması, yatırımın risk unsuru barındırması, yatırımın belirli süre yapılması ve yatırımın ev sahibi devletin ekonomisine katkı sağlaması olarak kabul edilmiştir. Kriterler, Fedax kararı ile kabul edilen kriterlerin aynısıdır.⁴⁰⁰ Kriterler incelendiğinde; yatırımın bir ekonomik değerde katkı sağlamasından yatırımcının belirli miktarda sermayeyi ev sahibi devlete transfer etmiş olması gerekliliği anlaşılmalıdır. İkinci kriter olan risk unsuruna göre, yatırım ilişkisi ile ilgili politik veya ekonomik her türlü riskin varlığı kriterin oluşması için yeterlidir.⁴⁰¹ Risk unsurunda öne çıkan, ticari riskten farklı bir ekonomik riskle ve ayrıca politik riskle yatırımcının karşı karşıya olmasıdır. Zira yatırım ilişkilerinde, taraflardan biri egemen devlet olup kamu gücüne dayanarak işlem yaptığı için yatırımcının korunması gerekmektedir. Hakem heyetleri risk unsurunu, yatırımcının hukuki haklarını hem ulusal hem de uluslararası hukuk nezdinde kullanabilmesine göre değerlendirmiştir. Hakem heyetleri ancak yatırıma başlamadan önce yatırımcıya bu yatırımdan elde edeceği tüm kazançların ödenmesi halinde riskin kalkacağını, peyderpey yapılan ödemelerle riskin bertaraf edilemeyeceğini kabul etmektedir.⁴⁰² Üçüncü kriter olan yatırımın belirli bir süre yapılmasından anlaşılması gereken, taraflar arasındaki anlaşmanın imza tarihinden itibaren en az 2 ila 5 yıl arasında sürmesidir.⁴⁰³ Yatırımın mevcudiyeti için gerekli sürenin tespitinde iki kıstasın önemli olduğu hakem heyetlerince tespit edilmiştir. İlk kıstas, uyumsuzluk konusu yatırımın benzer nitelikli yatırımlarla aynı süre boyunca bulunması iken ikinci kıstas yatırımcının ev sahibi devlete süre konusunda verdiği taahhüttür. Son kriter olan yatırımın ev sahibi devletin ekonomisine katkı sağlaması ise esasında yatırım yapılmasının bir sonucudur. Yatırımcı, ev sahibi devlete yapacağı yatırım ile önemli bir taahhüt altına giriyorsa ev sahibi devletin ekonomisinin gelişimine katkı sağladığı kabul edilecektir.⁴⁰⁴

Salini kararı ile uyumsuzluklara çift yönlü yaklaşımın uygulanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Salini kriterleri ile birlikte objektif yatırım tanımından yana olan hakemler, Salini kriterlerine atıfta bulunmuş ve kriterleri anlaşma hükümleri ile

⁴⁰⁰ Exelbert, A.e.

⁴⁰¹ Melis Avşar, "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 37, S.2, 2017, s. 118-120.

⁴⁰² Yılmaz, A.e., s. 44-45.

⁴⁰³ Avşar, A.e., s. 119.

⁴⁰⁴ Yılmaz, A.e., s. 43-49.

birlikte değerlendirmiştir.⁴⁰⁵ Bu sayede çift yönlü yaklaşımın, objektif yaklaşımın kullanımına alındığı söylenebilir.

Yatırımın tanımlama yöntemlerinden olan pozitif veya negatif tanımlamaya, hakem heyetlerinin kararlarında da yer verilmektedir. Salini kriterleri ve bu kriterlere dayanarak verilen kararlarda, yatırımın pozitif olarak tanımlandığı görülmektedir.⁴⁰⁶

Uluslararası hukukta, kural olarak herhangi bir yargı merci tarafından verilen bir kararın başka yargı mercilerini bağlaması söz konusu olmadığı gibi emsal karar sayılarak içtihat oluşturulması da beklenmemektedir. Ancak bu iki davada verilen kararla geliştirilen kriterler, diğer hakem heyetleri için emsal teşkil etmiştir ve uluslararası yatırım hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda yaygın biçimde kullanılmaktadır.⁴⁰⁷

Hakem heyetleri genel olarak Salini kriterlerini uygulasa da bu kriterlerden bir kısmının tercih edildiği veya bu kriterlere yeni kriterler ilave edildiği de görülmektedir. Salini kriterlerini genişleten kararlardan en önemlisi 2009 yılında Phoenix v. Czech Republic davasında verilen karardır. Bu kararla Salini kriterlerine, yatırımın ev sahibi devletin ulusal hukukuna uygun olarak yapma ve iyi niyetli olarak yatırım yapma olmak üzere iki kriter daha eklenmiştir.⁴⁰⁸ Yatırımın iyiniyetle yapılıp yapılmadığının tespiti için yatırımın yapıldığı zaman, uyuşmazlığın ileri sürüldüğü zaman, uyuşmazlık konusu ve yatırımın niteliği kriterlerinin incelenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁰⁹ Kararda, yatırım tanımı yapılırken yatırım anlaşması veya sözleşmesi ve Konvansiyon hükümlerinin, Viyana Sözleşmesi ile beraber değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.⁴¹⁰ Bu kararla, çift yönlü yaklaşımın Viyana Sözleşmesi ile beraber değerlendirilmesi hüküm altına alınarak doktrindeki görüşlere yaklaşılmıştır.

Salini kriterlerinden ev sahibi devletin ekonomisine katkı kriterini dışlayan görüşe, esnek objektif görüş (pragmatik yaklaşım) denilmektedir. Bu yaklaşıma göre, katkı kriteri hem yatırımın doğal bir sonucundan ibarettir hem de Konvansiyon'un Önsöz'ünde yer aldığı için yatırımın tanımlanmasına kullanılmaya uygun değildir. Bu sebeple; Konvansiyon ev sahibi devlete yapılan yatırımları koruma amacıyla akdedilmiştir. Kriterlerden diğer üçü, bu kriteri kapsamaktadır ve

⁴⁰⁵ Shan v.d., **A.e.**

⁴⁰⁶ Pahis, **A.e.**

⁴⁰⁷ Karaoğlu, **A.e.**, s. 104.

⁴⁰⁸ Şanlı, **A.e.**, s. 576.

⁴⁰⁹ Avşar, **A.e.**, s. 123.

⁴¹⁰ Yannaca- Small, **A.e.**, s. 256.

ev sahibi devletin refah seviyesinin yükselmesi yatırımın doğal bir sonucu olduğu için ekonomik kalkınma yatırım kriterlerinden biri olarak kabul edilemez.⁴¹¹ Öte yandan; ekonomik kalkınma için işbirliği sağlanması amacı Konvansiyon'un Önsöz'ünde yer aldığı için yatırımı tanımlamada kullanılamaz ve bir temenniden öteye gitmeyen bu kavram bir kriter kabul edilemez.⁴¹²

Objektif yaklaşım, Konvansiyon'da olmadığı halde yatırıma dair bir çerçeve sunarak devletleri kısıtladığı için bazı hakem heyetlerince eleştirilmektedir. Yapılan eleştirilere göre; objektif yaklaşım yatırımın tipik özelliklerini belirlemekten öteye geçmemeli ve yargılama yetkisinin gerekliliği olarak değerlendirilmemelidir. Objektif yaklaşımın kriterlerinin yargılama şartı olarak kabul görmesi, uyuşmazlıkların yetkisizlik nedeniyle dışlanarak çözülemez hale gelmesine sebep olarak Konvansiyon'un yatırımların yaygınlaşarak devletlerin refah seviyelerinin yükseltilmesi amacını sekteye uğratır.⁴¹³

2. Subjektif Yaklaşım

Subjektif yaklaşım, tarafların aralarındaki anlaşmanın dikkate alınarak hakem heyeti tarafından her uyuşmazlık için farklı şekilde bir yatırım tanımı yapılmasından yanadır. Subjektif yaklaşıma göre, yatırım tanımını belirlemek için önceden belirlenmiş kriterlere ihtiyaç duyulmamalıdır. Yatırım tanımı, özerk olmayıp taraf iradelerine bağımlıdır. Bir ekonomik faaliyetin yatırım olarak tanımı; önceden belirlenen kriterlerle değil, taraf iradeleriyle tespit edilebilir.⁴¹⁴ Ayrıca Konvansiyon'un yatırımı tanımlamadığı göz önünde tutulmalı, Konvansiyon'un ruhuna uygun olarak tarafların iradelerine saygı duyulmalıdır. Tüm bu sebeplerle hakem heyetlerinin görevi yatırımın tanımına dair kriterler belirlemek değildir.⁴¹⁵

İki yaklaşım arasındaki esaslı fark, taraf iradesine verilen önemden kaynaklanmaktadır. Objektif yaklaşım, yatırımı tarafların iradesinden bağımsız ve özerk olarak yorumlamaktadır. Subjektif yaklaşıma göre yatırımın tanımı, taraf iradelerinden bağımsız düşünülemez.⁴¹⁶ Bir diğer farklılık ise merkezin yargılama yetkisini sınırlama açısındanadır. Objektif yaklaşım, yatırım kavramını dar yorumlayarak merkezin yargı yetkisinin doğmasını sınırlı hale getirirken subjektif

⁴¹¹ Williams v.d., **A.e.**, s. 56-57, Yannaca- Small, **A.e.**, s. 258.

⁴¹² Yannaca- Small, **A.e.**, s. 259.

⁴¹³ Williams v.d., **A.e.**, s. 49-50.

⁴¹⁴ Legum v.d., **A.e.**, s. 330-331.

⁴¹⁵ Yannaca- Small, **A.e.**, s. 265.

⁴¹⁶ Legum v.d., **A.y.**

yaklaşım yatırım kavramını geniş yorumlayarak daha fazla uyumsuzluk türünün merkezin yargı yetkisine dahil edilmesini amaçlamaktadır.⁴¹⁷

c. Kişi Bakımından Yetki

Kişi bakımından yetki; ev sahibi devlet ile yatırımcının davada taraf sıfatı taşıyıp taşımadıklarının tespiti. Ev sahibi devlette yatırımda bulunan gerçek veya tüzel yabancı kişiler, yabancı yatırımcı olarak tanımlanmaktadır. Kişi bakımından yetkinin tespitinde; yabancı yatırımcının, yatırımcı sıfatına sahip olduğu an ile ev sahibi devletin ICSID Sözleşmesi'ne ne zaman taraf olduğu önem taşımaktadır.⁴¹⁸

Yabancı yatırımcı kavramının belirlenmesi ilk olarak uyruğun tespitiyle başlar. Yabancı yatırımcının uyruğu ICSID Konvansiyon hükümlerine aykırılık teşkil etmediği sürece kural olarak her devletin ulusal hukukuna göre belirlenecektir. Ancak tarafların iki taraflı yatırım anlaşması ile uyruğunun belirlenmesinde de herhangi bir engel yoktur.⁴¹⁹ Konvansiyon'a göre yatırımcının uyruğunun tespitinde ilk aşama, yatırımcının Konvansiyon'a üye bir devletin uyruğunda olmasıdır. İkinci aşama ise yabancı yatırımcının uyumsuzluğun tarafı devletin uyruğunda bulunmamasıdır. İki şart mevcut olduğunda; yatırımcı, yabancı yatırımcı kabul edilir. Aksi halde yatırımcının merkezin yargılamasına başvurusu mümkün olmayıp yetkisizlik nedeniyle bu başvurunun reddi gerekmektedir.

Yabancı yatırımcının tespiti birkaç hususta önem taşımaktadır. Bunlardan ilki kuşkusuz merkezin yargılama yetkisinin tespiti esnasındadır. İkinci olarak hakemlerin belirlenmesinde yatırımcının uyruğu önem kazanmaktadır. Zira hakemlerin taraflarla aynı uyruğa sahip olmaması gerekmektedir.⁴²⁰ Buna göre; Konvansiyon'un hakem heyetinin tespitini sağlayan 38., 39. ve kararın geçersizliği istemi halinde kurulan hakem heyetinin tespitini sağlayan 52/3. maddeleri yatırımcının uyruğu ile yakından ilgilidir.⁴²¹ Üçüncü olarak yatırımcının uyruğunun rıza ile yakından ilişkisidir. Zira tahkimde yabancı yatırımcının taraf olarak kabulü için rıza gösterdiği tarihte kişi bakımından yetki unsurlarını taşıması gerekmektedir.

Yatırımcı olarak hareket eden bir devletin merkezin yargılama yetkisine başvurusu mümkün değildir. Zira Konvansiyon'a göre yatırımcı olarak kabul

⁴¹⁷ Avşar, **A.e.**, s. 111.

⁴¹⁸ Tiryakioğlu, **A.e.**, s. 19-20.

⁴¹⁹ Karaoğlu, **A.e.**, s. 108.

⁴²⁰ Erkan, **A.e.**, s. 219-220.

⁴²¹ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 166.

edilmemektedir. Ancak hakem kararları ile kısmen veya tamamen devlet şirketleri tarafından kontrol edilen yabancı yatırımcıların da merkeze başvurulabilmesi kabul edilmiştir. Buna göre; devlet şirketinin kontrolündeki bir tüzel kişi devlet temsilcisi olarak hareket etmediği sürece merkeze başvurulabilmelidir.⁴²²

Konvansiyon'un kişi bakımından yetkisini; gerçek kişiler bakımından 25/2/a maddesi, tüzel kişiler bakımından 25/2/b maddesi belirlemektedir.

(1) Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı

"Madde 25 (2) Diğer Âkit ülke vatandaşları; deyimi aşağıdakileri kapsar; a) Âkit 'bir devletin vatandaşlığına sahip herhangi bir kişi haricinde 36 ncı Maddenin 3 üncü Paragrafı veya 28 inci Maddenin 3 üncü Paragrafı* uygulanarak istemleri kaydedilmiş ve anlaşmazlık tarihinde söz konusu anlaşmazlığı merkeze sunmak üzere taraf olmuş olan diğer ülke vatandaşları..."⁴²³

Konvansiyon'un 25. maddesi uyarınca yatırımcı, ev sahibi devletin uyruğunda olmayan ancak Konvansiyon'a üye bir başka devletin uyruğunda bulunan gerçek veya tüzel kişidir. Tanımdan yola çıkılarak yatırımcının pozitif ve negatif olmak üzere iki unsura sahip olması gerektiği kabul görmektedir. Yatırımcının sahip olması gereken pozitif unsur, tahkim talebinin kaydı (Konvansiyon'un 36/3. maddesi) esnasında Konvansiyon'a üye bir başka devletin uyruğunda olması, negatif unsur ise ev sahibi devletin uyruğunda olmamasıdır.⁴²⁴

Bir yatırımın yabancı olarak tanımlanması için bakılacak tek kriter, yatırımcının uyruğudur. Dolayısıyla yabancı birinin sahip olduğu veya yabancı tarafından kontrol edilen yatırımlar yabancı yatırım sayılacaktır. Yabancı olduğu halde Konvansiyon'un öngördüğü nitelikte yabancı sayılamayan yatırımın sahibinin uyruğu önemsizdir, zira merkezin yetkisi doğmaz.⁴²⁵

Yatırımcı, kural olarak uyruğunda bulunduğu devletle yatırımla ilgili bir hukuki uyumsuzluk yaşadığından bahisle merkeze başvuramaz. Konvansiyon'un yatırımcı

⁴²² Katia Yannaca-Small, "Who is Entitled to Claim? Nationality Challenges", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 215, 235-236.

* Konvansiyon'un 25/2/a maddesinde geçen 28/3. madde, arabuluculuk başvurusu ile ilgilidir. Bu sebeple dikkate alınmayacaktır.

⁴²³ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 11.11. 2019.

⁴²⁴ Açıklan, **A.e.**

⁴²⁵ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 137.

tanımına dair negatif unsuru bu durumu açıkça ifade etmektedir. Yatırımcının ev sahibi devletle gerçek bir vatandaşlık ilişkisi bulunursa merkezin yargılama yetkisi doğmaz. Kuralın tek istisnası, yatırımcının uluslararası hukuka aykırı biçimde vatandaşlığa hak kazanması veya vatandaşlıktan çıkarılması durumudur ki bu durumda dahi yetki hususunun takdiri hakem heyetine bırakılmıştır.⁴²⁶

(2) Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı

“Madde 25 (2) b) Âkit ülke vatandaşlığına sahip herhangi bir yasal kişi haricinde, tarafların rızasıyla anlaşmazlığın Arabuluculuk veya Hakemliğe sunulduğu tarihte taraf olan devlet veya söz konusu tarihte anlaşmazlığa taraf olan Âkit devlet vatandaşlığına sahip olan herhangi bir yasal kişi ve bu sözleşmenin amaçları doğrultusunda yabancı kontrolü yüzünden diğer bir Âkit devlet vatandaşı muamelesi görmesi kararlaştırılmış diğer taraflar.”⁴²⁷

Maddeye göre tüzel kişilerin bir başka üye devletin uyruğunda bulunması, merkezin yargılama yetkisinin doğması bakımından yeterlidir. Sözleşmeye taraf devlette ikamet etse dahi ICSID’e taraf olmayan bir devletin vatandaşı ICSID tahkimine başvuramaz.⁴²⁸

Tüzel kişilerin uyruğunun tespiti için Konvansiyon herhangi bir kural getirmemiştir. Bu sebeple, uyruğun tespiti için birbirinden farklı yöntemler hakem heyetlerince geliştirilmiştir. Hakem heyetlerince tüzel kişinin uyruğunun tespitinde; kuruluş yeri, idare merkezi veya kontrol yöntemleri genellikle tercih edilmektedir. Kuruluş yeri yöntemine göre, tüzel kişinin kurulduğu yer tüzel kişinin uyruğunu belirlemektedir. Kuruluş prosedürünün tamamlandığı yer tüzel kişinin kurulduğu yer sayıldığı için paydaşlar veya kontrol gibi başka hiçbir etken dikkate alınmamaktadır. İdare merkezi yöntemine göre, tüzel kişiliğin idare merkezinin bulunduğu yere göre tüzel kişinin uyruğu tespit edilmelidir. Kontrol yöntemine göre, tüzel kişiyi yönetenlerin vatandaşlığına göre tüzel kişinin uyruğu belirlenmektedir. Bu yöntem, tüzel kişinin yöneticilerinin pay oranlarına göre uyruğu tespit ettiği için uyruğun tespitini zorlaştırmakta ve bu yöntemi istisnai bir hale sokmaktadır.⁴²⁹

⁴²⁶ Erkan, A.e., s. 225-226.

⁴²⁷ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 13.11. 2019.

⁴²⁸ Akıncı, A.e., s. 279.

⁴²⁹ Erkan, A.e., s. 227, 241-246.

Uluslararası hukuka göre şirketler, tescil ve ilan edildiği devletin uyuşundadır. Uyuşmazlık halinde öncelikle şirketin ayrı bir tüzel kişiliğinin olup olmadığı tespit edilmelidir. Yabancı yatırımcı, doğrudan yatırım yapmış ve ev sahibi devletteki şirket bir şube niteliğinde ise uyuşmazlığın kaynak devlette bulunan merkez şirkete yöneltilmesi gerekmektedir. Eğer yabancı yatırımcı, ev sahibi devlette ayrı bir tüzel kişiliği olan bir şirket kurmuş veya mevcut bir şirkete ortak olmuşsa iki ihtimal söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki bu şirketin tasfiye edilmesine, tüzel kişiliğinin sona ermesine veya dolaylı kamulaştırmaya dayanan bir uyuşmazlık varsa uyuşmazlığın tarafı ev sahibi devlette bulunan ve şirket sahibi veya hissedarı yabancı yatırımcı sayılır. İkinci ihtimal ise kaynak devlet ile imzalanan iki taraflı bir yatırım anlaşması nedeniyle şirketle uyuşmazlık yaşanması halinde, uyuşmazlığın tarafı şirket tüzel kişiliği olacaktır.⁴³⁰

Devletlerin yatırım kanunlarında, genellikle yabancı yatırımın yerel bir şirket eliyle yapılması beklenmektedir. Yerel şirket, ev sahibi devletin mevzuatına göre kurulmuş olduğu için bu mevzuata göre korunacaktır. Bu durumun aşılması için yatırım anlaşmalarında şirketin yabancı kontrolünde olması veya yerel şirketteki yabancı hissesinin korunması hüküm altına alınmaktadır. Konvansiyon'un 25/2/b. maddesi, yabancı kontrolüne izin vererek merkezin yetkisini kabul etmektedir. Ancak taraflar arasında şirketin yabancı kontrolünde olduğuna dair yazılı bir mutabakat bulunmalıdır.⁴³¹

Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet, ev sahibi devletin uyuşunda bulunan bir tüzel kişinin yabancı yatırımcının kontrolünde bulunduğu için kaynak devletin uyuşunda sayılacağı yönünde bir anlaşma akdetmişse bu tüzel kişi merkeze başvurabilmektedir. Bu durumda, tüzel kişinin uluslararası bir mercii nezdinde uyuşunda bulunduğu devleti dava etme imkânı istisnaen sağlanmıştır.⁴³² İstisnanın iki kuralı mevcuttur. Bunlardan ilki, tüzel kişinin yabancı kontrolünde bulunması olup ikincisi taraflar arasında yatırımcının yabancı sayılacağına ilişkin anlaşmanın olmasıdır. Konvansiyon'da yatırımcının yabancı sayılacağına ilişkin anlaşmanın ve kontrol şartının nasıl olacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki anlaşmada, yatırımcının yabancı sayılacağına ilişkin hükmün açıkça yer

⁴³⁰ Altıntaş, **A.e.**, s. 11.

⁴³¹ Sornarajah, **A.e.**, s. 324.

⁴³² Ceviz, **A.e.**, s. 208-209.

alıp almaması hususunda hakem heyetleri arasında da fikir birliği yoktur. Hakem heyetleri kontrol şartını, hisse sahipliğine göre değerlendirmektedir.

Merkezin yargılama yetkisinin doğması açısından tüzel kişilerde uyruğun önemli olduğu tek an vardır. Rıza verilirken tüzel kişinin ev sahibi devlet dışında başka üye devletin uyruğunda bulunması yeterlidir. Gerçek kişi yatırımcıların aksine, başvurunun kaydedildiği anda tüzel kişi yatırımcının uyruğunun bir önemi yoktur. Bu sebeple rıza anından sonra, uyruğunu değiştiren tüzel kişinin yeni uyruğu merkezin yargılama yetkisine etki etmez.

Yatırımcı kavramı da tıpkı yatırım kavramı gibi iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla belirlenmektedir. Ayrıca hakem heyetlerinin kararlarıyla da gerçek ve tüzel kişi yatırımcı kavramları ayrı ayrı yorumlanmaktadır.

i. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarına Göre Yatırımcı Kavramı

İki taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırımcı kavramının tanımlanmasıyla kimlerin yatırım hukuku korumasından faydalanacağı tespit edilmektedir. Kimi anlaşmalarda tek bir yatırımcı tanımı ile her iki taraf için hüküm kurulurken kimi anlaşmalarda her bir taraf için ayrı yatırımcı kavramları belirlenmektedir. Yatırımcının gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür.

Genellikle gerçek kişi yatırımcının, anlaşmalarla tanımlanmasına veya taraf devletin ulusal hukukuna göre belirlenmesine karar verilmektedir. Ulusal hukuka bırakılması ile yatırımcının uyruğu taraf devletin mevzuatına bırakılmış olmaktadır. Anlaşmalarla uyrukluğun yanı sıra ikamet şartı gibi ek kriterler getirilmesi mümkündür ve bu kriterler hukuka aykırılık teşkil etmez.

Tüzel kişilerin uyruğunun tespiti için kuruluş yeri, idare merkezi, kontrol veya ekonomik menfaatler gibi çeşitli kriterler anlaşmalarla hüküm altına alınmaktadır. Anlaşmalarda, genellikle kuruluş yeri kriterine göre tüzel kişinin uyruğu belirlenmektedir. Buna göre; tüzel kişilerin yatırımcı olarak kabulü için kaynak devletin mevzuatına uygun olarak ve kaynak devletin sınırları içinde kurulmuş olması yeterli bulunmaktadır. Tüzel kişinin şirket idare merkezinin de kaynak devlette bulunmasını şart koşan anlaşmalar vardır. Tüzel kişinin ev sahibi devletin kontrolünde olmasını şart koşan anlaşmalarda, yatırımcının uyruğu kontrol kriterine göre tespit edilmektedir.

ii. Çok Taraflı, Sektörel Ve Bölgesel Yatırım Anlaşmalarına Göre Yatırımcı Kavramı

Çok taraflı, sektörel ve bölgesel yatırım anlaşmalarında da gerçek veya tüzel kişi yatırımcıların tespiti için iki taraflı yatırım anlaşmalarındakine benzer kriterler getirilmiştir. Örneğin; Enerji Şartı Anlaşması'na göre, gerçek kişi yatırımcı kaynak devletin vatandaşı olmalı veya kaynak devlette ikamet etmelidir. Tüzel kişilerin uyruğu ise kuruluş yeri ilkesi ile belirlenmektedir. NAFTA da yatırımcı tanımı için aynı ifadeleri tercih etmiştir.⁴³³

iii. Hakem Kararlarına Göre Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı

Gerçek kişi yabancı yatırımcının vatandaşlığının tespitiyle ilgili hakem heyetlerinin verdiği kararlar, yatırımcının taşıması gereken kriterleri belirlemesi açısından önemlidir. Belli başlı uyuşmazlık konuları ve hakemlerin verdiği kararlar; yatırımcının vatandaşlığının ispatı, çifte vatandaşlık ve vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi olmak üzere üç başlık altında incelenmiştir.

1. Yatırımcının Vatandaşlığının İspatı

Yatırımcının vatandaşlığının tespiti için öncelikle vatandaşı olduğu iddia edilen devletin ulusal hukukuna, akabinde uluslararası hukuk kurallarına bakmak gerekmektedir.⁴³⁴

Devletlerin egemenliği ilkesi uyarınca, her devlet vatandaşlıkla ilgili kuralları tespit etmede özgürdür. Ancak bu özgürlüğün sınırı, başka devletlerle girdiği sözleşmesel ilişkilerdir. Bu kural, Konvansiyon bakımından da geçerlidir. Ancak bu kuralın istisnası, uluslararası hukuka aykırı bir biçimde vatandaşlığın verilmesi veya geri alınması halidir.

Yatırımcının uyruğu objektif olarak tespit edilmelidir. Yatırımcının sunduğu vatandaşlık belgesi kesin kabul edilmeyip hakem heyetinin incelemesine tabidir.⁴³⁵ Neticede hakem heyeti taraflarca sunulan delillere bağlı kalmak veya sadece ilgilinin ulusal hukukuna bakarak karar vermek zorunda olmayıp kendi değerlendirmesini yapmaktadır. Öte yandan hakem heyeti, taraflar arasında uyruklu ile ilgili yapılan

⁴³³ Erkan **A.e.**, s. 220-224, 228.

⁴³⁴ Sornarajah, **A.e.**, s. 323.

⁴³⁵ Yannaca-Small, **A.e.**, s. 215.

bir anlaşma ile de bağlı değildir.⁴³⁶ Taraflar yapacakları bir anlaşma ile sürekli oturma iznine sahip kişileri de yabancı yatırımcı kabul etse de merkezin yargılama yetkisi genişletilemeyeceği için bu kişiler uyrukluk bağı olmadığından merkeze başvuramaz.⁴³⁷

2. Çifte Vatandaşlık

Kural olarak, yatırımcının çifte vatandaşlığa sahip olması, merkezin yargılamasından faydalanmasına engel değildir. Çifte vatandaşlık; kaynak devlet haricinde başka bir vatandaşlığa sahip olma veya ev sahibi devletin vatandaşlığına da sahip olma durumlarında taraflar arasında uyumsuzlığa sebep olabilmektedir.⁴³⁸

Uluslararası hukukta, kural olarak bir kişi çifte vatandaş olduğunda hangi devletin vatandaşı olduğunun tespiti için etkin vatandaşlık testine tabi tutulmaktadır. Etkin vatandaşlık kavramı, Uluslararası Adalet Divanı'nın Nottebohm kararı ile geliştirilmiştir. Buna göre; bir kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması ve başka devletlere karşı ileri sürebilmesi, lehine kullanılmak istenen vatandaşlığı aldığı devletle olan ilişkisinin yakınlığı ile ilgilidir.⁴³⁹ Etkin vatandaşlık kavramı, uluslararası hukukta kabul görse de Konvansiyon'da bu hususta bir hüküm mevcut değildir. Etkin vatandaşlık testi yerine, resmi belgelerle gerçek kişi yatırımcının vatandaşlığı tespit edilmektedir. Etkin vatandaşlık testinin tüzel kişiler için uygulanması mümkündür.⁴⁴⁰

Neticede Konvansiyon'un kendine özgü kuralları nedeniyle, etkin vatandaşlık testinin uygulanmasına izin verilmemektedir. Yatırımcının Konvansiyon'a üye birden çok devletin vatandaşlığında bulunması halinde, ev sahibi devletin vatandaşlığında bulunmaması yeterli kabul edilip ayrıca hangi devletle ilişkisinin yakın olduğu tespit edilmeyecektir.⁴⁴¹ Kural olarak yatırımcı, uyruğunda olduğu devlete karşı tahkim mekanizmasını işletemeyeceğinden ev sahibi devletin uyruğunda bulunan bir yatırımcı ICSID'e başvuramaz. İstisnai durum, ev sahibi devlet tahkim yargılamasına rıza göstermeden önce yatırımcının vatandaşlıktan ayrılmasıdır. Bu durumda yatırımcı tahkime başvurabilir. Öte yandan yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki

⁴³⁶ Erkan, **A.e.**, s. 232-233.

⁴³⁷ Yannaca-Small, **A.y.**

⁴³⁸ Erkan, **A.e.**, s. 233.

⁴³⁹ Berk Demirkol, "Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık:Gerçek Kişilerde 'Etkin Vatandaşlık' Sorunsalı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2015, s. 159-194, (Çevrimiçi)

<http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2016/5/gsu-hfd-2015-2-192.pdf>, 08.04.2020.

⁴⁴⁰ Açıklan, **A.e.**

⁴⁴¹ Şanlı, **A.e.**, s. 578.

anlaşma uyarınca, yatırımın yapılması halinde yatırımcıya ev sahibi devletin vatandaşlığının verilmesi hakem heyetlerinin yetkisine etki etmemektedir.⁴⁴²

3. Vatandaşlığın Kazanılması ve Kaybedilmesi

Yatırımcı; tüzel kişi ise tahkim yargılamasına rıza verildiği anda, gerçek kişi ise rızanın verildiği anda ve tahkim için merkeze başvurup davanın merkez tarafından kayda alındığı anda başka bir üye devletin uyruğunda bulunmalıdır. Yani, merkezin yargılama yetkisinin doğması için bu bahsedilen iki tarihte yatırımcının başka bir üye devletin vatandaşlığında olması yeterlidir.⁴⁴³ İki tarih arasında yatırımcının sahip olduğu vatandaşlık arasında süreklilik olması şart olmayıp yatırımcı başka bir üye devletin vatandaşlığına geçebilir.

iv. Hakem Kararlarına Göre Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı

Tüzel kişi yabancı yatırımcının uyruğunun tespitiyle ilgili hakem heyetlerinin verdiği kararlar, yatırımcının taşıması gereken kriterleri belirlemesi açısından önemlidir. Belli başlı uyuşmazlık konuları ve hakemlerin verdiği kararlar; paravan şirketler, kötüniyetli hisse devirleri ve hissedarların dava açması olmak üzere üç başlık altında incelenmiştir.

1. Paravan Şirketler

Paravan şirketler; tüzel kişinin kuruluş yerinde herhangi bir ekonomik faaliyet göstermeyen, aksine başka tüzel kişiler tarafından kontrol edilen ve kontrol edenlerin uyruğunun ev sahibi devlette bulunduğu şirketlerdir. Bu şirketlerin kurulma amacı, uyruğunda bulunduğu devletle yaşadığı uyuşmazlığı merkezin yargılamasına götürme yasağını dolanmaktan ibarettir.⁴⁴⁴ Paravan şirket kurarak ICSID tahkiminden faydalanmaya çalışmak, hakem heyetlerince yetkisizlik nedeniyle kabul edilmemektedir.⁴⁴⁵

2. Kötüniyetli Hisse Devirleri

Bir şirketin yönetiminin başka ülke vatandaşlarına geçmesinde hukuken bir engel olmamasına karşın bu yapılan devir, hissedar değişikliğinden ziyade olası bir

⁴⁴² Erkan, **A.e.**, s. 234.

⁴⁴³ Yannaca- Small, **A.y.**.

⁴⁴⁴ Erkan, **A.e.**, s. 235-236, 247.

⁴⁴⁵ Karaoğlu, **A.e.**, s. 117.

uyuşmazlığın ICSID vasıtasıyla çözölmesini amaçlıyorsa bu değışikliğin korunması beklenemez. Ancak taraflar arasında bu hususta bir anlaşma düzenlenmesi halinde, hukuki geçerlilikten söz edilebilecektir.⁴⁴⁶ Kötüniyetli hisse devrinin tespiti, yatırımın zaman bakımından tespiti ile ilgilidir. Hisse devrinin uyuşmazlığın çıkmasıyla yapılması kötüniyete delalettir.⁴⁴⁷

3. Hissedarların Dava Açması

Taraflar arasındaki anlaşmaya göre; hissedarlığın yatırım sayıldığı durumlarda, tüzel kişinin hissedarlarının ev sahibi devlete karşı merkezin yargılama yetkisine başvurabileceği hakem heyetlerince kabul edilmektedir. Tüzel kişi uyruk şartını sağlayamasa da yatırım olarak hissedarlığın kabul edildiği durumlarda, azınlık veya çoğunluk durumundaki hissedarın merkeze başvurma hakkı vardır.⁴⁴⁸

Azınlık hissedarlığı, ev sahibi devlette mevcut bir şirketin yabancılar tarafından satın alınmasıyla yapılan yatırım türüdür. Konvansiyon'da azınlık hissedarlığının yatırım olarak kabul edilmesine engel bir madde olmadığı için hakem heyetlerince bir yatırım türü olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple azınlık hissedarı olan yatırımcının yatırım anlaşmalarından faydalanma imkânı vardır. Hakem heyetlerince yatırımcının sahip olduğu hissenin oranından ziyade, değerinin dikkate alınması gerektiği belirlenmiştir.⁴⁴⁹

Netice itibariyle hakem heyetlerince yabancı yatırımcının tespitinde, yatırım tespit edilirken izlenen yöntem takip edilmelidir. Konu bakımından yetkinin tespiti için Konvansiyon'un 25/2. maddesine başvurulması esastır. Taraflar arasındaki yatırım anlaşması veya sözleşmesi ile Viyana Sözleşmesi'nin hükümleri yorumlamada yol gösterici olacaktır.⁴⁵⁰

Konvansiyon'un 25. maddesine uygun olan bir başvuruda, sonradan yetki sorunu doğması mümkündür. Bu sebeple, merkezin yargılama yetkisi sadece 25. madde ile sınırlandırılmamalıdır. Yargılama sürecinin tamamında, merkezin yetkisi ile ilgili sorunlar yaşanabilir ve bu durumda Konvansiyon'un ilgili diğer maddelerine de başvurulması gerekmektedir. Buna göre; Konvansiyon'un 25. maddesi ile merkezin yargılama yetkisinin doğması için gereken kişi, konu ve tahkime rıza

⁴⁴⁶ Kayıhan v.d., **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, s. 114-115.

⁴⁴⁷ Tiryakioğlu, **A.e.**, s. 16, 19.

⁴⁴⁸ Erkan, **A.e.**, s. 269.

⁴⁴⁹ Yılmaz, **A.e.**, s. 92-97.

⁴⁵⁰ Karaoğlu, **A.e.**, s. 108.

şartları tespit edilirken, Konvansiyon'un 36/3. maddesi ile tahkime başvuru esnasında Genel Sekreter tarafından yapılacak basit ilk incelemenin şartları tespit edilmiştir. Konvansiyon'un 41/2. maddesi ile taraflardan birinin yetkiye itiraz etmesi halinde, merkezin yargılama yetkisi hakem heyeti tarafından araştırılacaktır. Diğer bir husus ise merkezin yargılama yetkisini aştığından bahisle kararın iptalinin istenmesidir.⁴⁵¹

2. Ek Tesis Kuralları İle Merkezin Yargı Yetkisinin Doğması

Taraf devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözmeyi amaçlayan ICSID, bu şartın kısıtlayıcı olduğundan bahisle 1978 yılında kabul edilen Ek Tesis Kuralları ile ICSID üyesi olmayan devletlerin veya devletlerin vatandaşlarının da tahkim mekanizmasını işletmesine izin vermiştir. Ek tesis kuralları ile uyuşmazlık konusunu tespitini sağlayan ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan vakıaların saptanmasına (fact-finding) da izin verilmiştir.⁴⁵²

Ek Tesis Kuralları'nın 2. maddesine göre; merkezin yargılama yetkisinin doğması için üç imkân tanınmıştır. Buna göre; uyuşmazlığın taraflarından sadece birinin Konvansiyon'a üye devlet veya üye devletin vatandaşı olması veya taraflardan birinin Konvansiyon'a üye devlet veya üye devletin vatandaşı olması ve uyuşmazlığın doğrudan bir yatırımdan kaynaklanmaması veya vakıaların saptanması (fact-finding) ile ilgili kovuşturmaların varlığı halinde merkezin yargılama yetkisi doğacaktır. Her üç durumun ortak özelliği, taraflardan birinin devlet ve diğerinin özel hukuk kişisi olmasıdır. İlk iki durumda; taraflardan birinin Konvansiyon'a üyeliği şart olmakla beraber, son durumda kişi veya konu bakımından merkezin yargılama yetkisinin tesisi aranmamaktadır.⁴⁵³

Ek Tesis Kuralları ile merkezin yargılama yetkisine kişi ve dava konusu bakımından farklılık getirilmiştir. Uyuşmazlığın taraflarından birisinin Konvansiyon'a üye olmadığı ve yatırım niteliğinde olmamasına rağmen ticari işlem de kabul edilemeyecek ekonomik faaliyetlerin, merkezin kurallarına göre ancak aynı nitelikte olmayan karar ile uyuşmazlığın çözülmesi amaçlanmaktadır.⁴⁵⁴

Konvansiyon'un 43. maddesi; tarafların delil sunmasını, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasını düzenlemektedir. Ek Tesis Kuralları'nda yer alan vakıaların

⁴⁵¹ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 82-83.

⁴⁵² Onwuamaegbu, **A.e.**, s. 65-66.

⁴⁵³ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 84-91.

⁴⁵⁴ Yıldırım, **A.e.**, s. 291.

saptanması ise 43. maddeden farklı olarak, uyuşmazlık doğmadan çözüme girişimi olarak kabul edilmeli ve uyuşmazlık çözüm yöntemi sayılmamalıdır. Ek Tesis Kuralları'nın 3. maddesi ise bu kararların doğrudan icra edilebilir olmadığını, ulusal mahkemeler tarafından tanıma işlemine tabi tutulması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Hakem heyetinin yetkisi hususunda Genel Sekreter'e verilen basit inceleme görevi burada da söz konusudur. Konvansiyon'a üye olmasalar dahi herhangi bir taraf Ek Tesis Kuralları'na dayanarak vakıaların saptanması yoluna gitmek için anlaşma yapabilir ve Genel Sekreter'in bu durumu onaylama veya reddetme imkânı yoktur. Her olayın vakıaların saptanmasının konusu olabileceği kabul edilmemeli, en azından Ek Tesis Kuralları çerçevesinde uyuşmazlığın çözülebilir olması gerekmektedir.⁴⁵⁵

Ek Tesis Kuralları uyarınca merkeze yapılan başvuru, tarafların karşılıklı rızasını içeren belgenin Genel Sekreter tarafından onaylanması ile kabul edilir. Onaylanmış rıza en geç talep anında bulunmalıdır. Genel Sekreterin başvuruyu onaylaması için tarafların karşılıklı rızalarının ve Ek Tesis Kuralları'nın koşullarının olduğuna kanaat getirmesi gerekir, aksi halde başvuruyu kaydetmeyecektir. Örneğin tarafların Konvansiyon'a üye olması Ek Tesis Kuralları'na başvuruya engeldir.⁴⁵⁶

Taraflar, uyuşmazlığın merkezin yargılama yetkisine girip girmediği hususunda emin değillerse, birleşik rıza sunabilirler. Buna göre; taraflar merkezin yargı yetkisini sağlayamıyorlarsa, Ek Tesis Kuralları'nın uygulanmasına rızalarının olduğunu başvuru ile birlikte sunarak uyuşmazlığın her şekilde merkezde çözülmesini sağlayabilirler. Ayrıca Ek Tesis Kuralları aracılığıyla, yatırımla dolaylı olarak ilgisi bulunan işlemlerin de tahkim prosedürüyle çözülmesi sağlanabilmektedir. Kural olarak yatırımlardan önce yapılan işlemlerle ilgili uyuşmazlıklar merkezin yargı alanına girmemesine rağmen, Ek Tesis Kuralları aracılığıyla bu uyuşmazlıklar için de tahkime gidilebilir.⁴⁵⁷

Ek Tesis Kuralları ile yürütülen tahkim, Sekreteryaya tarafından yürütülür. Bu tahkim neticesinde verilen karar, ICSID kararları ile aynı nitelikte olmayıp Konvansiyon'un sağladığı kolaylıklardan ve korumalardan faydalanamaz.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Schreuer v.d., **A.y.**

⁴⁵⁶ Antonio R. Parra, "The Initiation of Proceedings and Constitution of Tribunals In Investment Treaty Arbitrations", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 111.

⁴⁵⁷ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 142-143.

⁴⁵⁸ Şanlı, **A.e.**, s. 595-596.

3. Zaman Bakımından Merkezin Yargılama Yetkisinin Doğması

Konvansiyon'un 25/2. maddesi sadece merkezin kişi bakımından yetkinin tespitini sağlamaz. Bu madde ayrıca merkezin yargılama yetkisinin zamansal olarak doğumunu da tespit etmektedir. Bu madde haricinde, zamanla ilgili bir hüküm mevcut değildir. Yatırımın yapıldığı tarih, rızanın verildiği tarih, varsa devletin alt birimlerinin rıza verdiği tarih ve uyuşmazlık taraflarının Konvansiyon'a üye olması gereken tarih merkezin yargılama yetkisini doğrudan ilgilendiren zamanla ilgili önemli konulardır.

Uyuşmazlığın merkeze sunulduğu anda, ev sahibi devletin Konvansiyon'a üye olması gerekmektedir. Ev sahibi devlet, Konvansiyon'a üye olmadan evvel yatırımcı ile bir anlaşma yaparsa ve sonra Konvansiyon'a üye olursa, merkeze yargılama için başvurabilir. Hem kaynak hem de ev sahibi devlet Konvansiyon'a üye olmadıkları halde merkezin yargılamasına rıza gösterebilirler. Bu devletler Konvansiyon'a üye olduklarında artık merkezin yargı yetkisi doğacaktır.⁴⁵⁹

Özellikle içtihatlarla geliştirilen yetki ile ilgili bu hususa göre; ev sahibi devletin ICSID'e bir yatırımı koruyacağını beyan etmesinden sonra o yatırımla ilgili zuhur eden uyuşmazlıkların çözümünde merkezin yargılama yetkisinin doğduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.⁴⁶⁰

4. Konvansiyon'a Üye Devletin Merkezin Yargılama Yetkisini Sınırlandırması

Konvansiyon'a üye olan devlet, kural olarak Konvansiyon maddelerinin tamamını kabul eder ve Konvansiyon'un 68. maddesi uyarınca kendi anayasasına uygun olarak Konvansiyon'u yürürlüğe koyar. Ayrıca üye olan devlet Konvansiyon'un 69. maddesi uyarınca, Konvansiyon'un geçerli olması için her türlü yasal ve idari düzenlemeleri yürürlüğe koymakla da mükelleftir. Bu durumun iki istisnasının olduğu kabul edilebilir. Bunlardan ilki 25/4. madde ile hangi uyuşmazlık türlerinin merkezin yargılama yetkisine gireceğinin tespitini sağlayan rezervasyon imkânıdır. İkincisi ise 71. madde uyarınca Konvansiyon'dan çekilme hakkıdır.

Kural olarak Konvansiyon'a taraf olan devlet, 25. madde uyarınca merkezin yargılama yetkisini kabul eder ve tek taraflı olarak verdiği rızayı geri alamaz. Ancak

⁴⁵⁹ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 91, 145-146.

⁴⁶⁰ Açıklan, **A.e.**

71. madde Konvansiyon'dan çekilme hakkını, 72. madde ise çekilme halinde rızanın durumunu düzenler.

“Madde 71 Herhangi bir âkit ülke sözleşmenin yeddi eminine yazı ile sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir. Fesih, bildirimin ulaşmasından 6 ay sonra yürürlüğe girer.

Madde 72 Madde 70 ve 71'e uygun bir bildirim, o ülkenin veya ilgili alt birimlerinin veya temsilcilerinin veya vatandaşlarının, bildirimin ulaşmasından önce Merkezin rızası dışında doğan hak ve yükümlülüklerini etkilemez.”⁴⁶¹

Bu maddelere göre merkeze bildirim yapılmasından 6 ay sonra çekilmenin yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmış olup yürürlükten evvel verilmiş rızanın geçerliliğini sürdüreceği ve yatırımcının bu rızaya dayanarak merkeze başvurabileceği hüküm altına alınmıştır.⁴⁶²

5. Merkeze Doğrudan Başvurunun Anlaşma İle Kısıtlanması

“Madde 26 (1) Bu sözleşme çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları demektir. (2) Âkit Devlet, bu rızalarının ön koşulu olarak yerel idarî ve adlî tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir.”⁴⁶³

Konvansiyon'un 26. maddesi, ev sahibi devletin taraflar arasındaki anlaşmada bir ön koşul olarak ulusal mevzuatına göre adli ve idari tüm çözüm yöntemlerinin tüketildikten sonra merkeze başvurulmasını hüküm altına alabileceğini kabul etmektedir. Yatırım anlaşması veya sözleşmesinde bu nitelikte bir hükmün varlığı hukuka uygun kabul edilecektir.

Taraflar arasındaki anlaşmadaki çok katmanlı veya çatal hükümler uyarınca, merkezin yetkisi tartışılabilir hale gelmektedir. Çok katmanlı hükümlerle, merkeze başvurmadan önce ev sahibi devletin idari makamlarına başvuru ve başvurudan sonra belirli sürenin geçmesi gibi yatırımcının tamamlaması gereken aşamalar belirlenmektedir. Bu maddeler emredici nitelikte olduğu takdirde, aşamalar

⁴⁶¹ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 07.09.2020.

⁴⁶² Yıldırım, A.e., s. 301.

⁴⁶³ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 20.10.2019.

tüketilmeksizin merkeze başvurmak yetkisizliği beraberinde getirecektir. Ancak hakem heyetleri genellikle bu hükümleri emredici nitelikte kabul etmeyerek yetkisizlik kararı vermemektedir.

Çatal hükümlerle, yatırımcının uluslararası tahkim veya ulusal mahkeme veya başkaca bir uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden sadece birini seçip diğer mercilere başvuramayacağı kabul edilmektedir. Böyle bir hükmün bulunması halinde, başkaca bir merciinin tercih edilmesi durumunda merkezin yetkisizliği söz konusu olacaktır.⁴⁶⁴ Çatal hükümleri dolanmanın yolu, taraflar arasındaki yatırım anlaşması veya sözleşmesinde bulunması halinde en çok gözetilen ulus kaydına başvurmaktır.⁴⁶⁵

Son zamanlarda yatırım anlaşmalarına ev sahibi devletin ulusal hukukuna uygun olarak yatırım yapılması şartı da eklenmiştir. Bu sayede hukuka uygun olarak yapılmayan yatırımların yatırım anlaşmasının sağladığı korumadan faydalanması engellenmeye çalışılmaktadır.⁴⁶⁶

6. Merkezin Yargılama Yetkisine İstisna Olarak En Çok Gözetilen Ulus Kaydı

Kural olarak ICSID tahkimine başvuru, konu ve kişi bakımından sınırlandırılmıştır. Ancak bir yatırım anlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydının bulunması taraflara merkezin sınırlı yargılama yetkisini dolanma imkânı tanımaktadır. Uygulamada daha ziyade ICSID tahkimine ulaşmada ulusal yargı yollarının tüketilmesi veya süre gibi ön şartların mevcudiyeti halinde, bu kayda dayanarak yatırımcıların merkeze başvurduğu görülmektedir.⁴⁶⁷

Bu kayıt, uygulamada tüketilmesi gereken prosedürleri dolanmak için kullanılmasına rağmen, bu kayda istinaden bir yatırımcının kendisi lehine tahkim kuralları içeren başka bir anlaşmaya dayanması da teorik olarak mümkündür. Hakem heyetlerinin bu kayda dayanarak yapılan her başvuruyu kabul etmesi mümkün olmamakla beraber, kaydın istisnai bir durum yarattığı muhakkaktır.⁴⁶⁸

En çok gözetilen ulus kaydının merkezin yetki şartlarından rıza için kullanılamayacağını düşünmek, kaydın niteliği ile çelişmektedir. Zira anlaşmaya

⁴⁶⁴ Tiryakioğlu, “Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik”, s. 89-93.

⁴⁶⁵ Gazzini, A.e.

⁴⁶⁶ Terzi, A.e., s. 8.

⁴⁶⁷ Şanlı, A.e., s. 576-577.

⁴⁶⁸ Figanmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, s. 108.

konulan bu kayıt ile amaçlanan, üçüncü kişinin diğer anlaşmadan faydalanmasını temin etmektir. Kaydın kendisi üçüncü kişiye hak bahşetmek amacıyla anlaşmaya konulduğu ve asıl sözleşmeden daha geniş ve ek haklar tanıyabileceğinden merkezin yetkisi için rıza sağlamadığını düşünmek iyiniyetle bağdaşmayacaktır.⁴⁶⁹

E. TAHKİME BAŞVURU

“ Madde 36 (1) Hakemlik davasının oluşturulmasını isteyen herhangi bir Âkit Ülke veya vatandaşı konuyu Genel Sekreterliğe yazılı olarak bildirir ve Genel Sekreterlik istemin bir örneğini diğer tarafa iletir. (2) İstem, anlaşmazlık konularını, tarafların tanıtımını, tarafların hakemlik ve arabuluculuk davasının açılma kurallarına uygun olarak hakemlik konusundaki rızalarını içeren belgeleri ihtiva edecektir. 3) Genel Sekreter, istemde yer alan bilgilere dayanarak anlaşmazlığın Merkezin yargı alanı dışına taşıdığını saptamazsa istemi kaydedecek ve hemen taraflara istemin kaydedildiği veya kaydın reddedildiğini bildirecektir.”⁴⁷⁰

Tahkim mekanizmasının başlayabilmesi için davacının bir başvuru yapması gerekmektedir. Bu başvuruya ICSID yargılamasında tahkim talebi denilmektedir.⁴⁷¹ Tahkim talebi, davacının iddialarını içeren dava dilekçesi niteliğinde bir belgedir. Tahkim talebine, tahkime uygulanması tercih edilen usul kuralları da yazılabilir.⁴⁷²

Diğer tahkim mekanizmalarından farklı olarak, başvurunun yapılması ICSID tahkim prosedürünü başlatmaz. 36. madde tahkim talebiyle ilgili üç aşama öngörmüştür. Öncelikle, tahkim prosedürünü başlatmak isteyen üye devletlerden biri veya yatırımcı yazılı tahkim talebini Genel Sekretere bildirmek zorundadır. İkinci olarak bu talepte; tarafların bilgileri ve rızaları yer almalıdır. Son olarak Genel Sekreter; uyuşmazlığın merkezin yetkisine girip girmediğini tespit edecek ve merkezin yetkisinde ise talebi kaydedip taraflara bildirecektir. Merkezin yargılama yetkisinin olup olmadığı öncelikle Genel Sekreter tarafından kontrol edilir. Bu ön denetimin akabinde, tahkim talebi kaydedilir ve yargılama başlayabilir. Eğer Genel Sekreter uyuşmazlığın merkezin yetkisine girmediğini takdir ederse talebi reddedecek ve ret kararını taraflara bildirecektir.⁴⁷³

⁴⁶⁹ Schreuer v.d., **A.e.**, s. 248.

⁴⁷⁰ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 12.12.2019.

⁴⁷¹ Barton Legum, “An Overview of Procedure in an Investment Treaty Arbitration”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 93.

⁴⁷² Parra, **A.e.**, s. 108.

ICSID tahkimine; Konvansiyon'un tarafı olunarak, devletler arasındaki ikili yatırım anlaşmalarında hüküm konularak veya yatırımcı ile devlet veya kamu kuruluşları arasında yapılmış tahkim sözleşmesine dayanılarak başvurulabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, başvuru için gerekli şartlar tüm başvuru yöntemleri için geçerli olup yargılama sonucunda verilecek kararın ICSID kararı olacağı ve ona bağlı hükümler doğuracağıdır.⁴⁷⁴

Konvansiyon'a başvuruda, devletler arası akdedilmiş iki taraflı yatırım anlaşmalarında merkeze başvurulacağına ilişkin bir tahkim hükmü gereklidir. Konvansiyon, bu anlaşmalardan yola çıkarak devletlerin tahkime başvurmalarını öngörmüştür. Yatırımcının bu anlaşmalara dayanarak ev sahibi devlete karşı tahkime başvurusu hakem kararları ile sağlanmıştır.

Konvansiyon'a üye devletler arasında akdedilmiş iki taraflı yatırım anlaşmasındaki tahkim hükmüne dayanarak yatırımcının yani özel hukuk kişinin bir devlete karşı dava açmasına imkân sağlayan ilk hakem kararı, 1990 tarihli AAPL v. Sri Lanka kararıdır. Bu karar sayesinde, yatırımcı doğrudan ev sahibi devletle bir sözleşme akdetmemiş olsa da uyuğunda olduğu devletin ev sahibi devletle akdettiği iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak merkeze başvurma hakkı kazanmıştır. Anlaşmasız tahkim denilen bu yönteme göre yatırımcı; ev sahibi devletle arasında bir anlaşma olmamasına ve taraf olmamasına rağmen devletler arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak tahkime başvurabilmektedir.⁴⁷⁵

Ev sahibi devletin akdettiği yatırım anlaşması ile kabul ettiği tahkim hükmü bir öneri (icap) niteliğinde olup kaynak devletin yatırımcılarının dava açması ile bu öneri kabul edilmiş olacaktır. Önerinin kabulü ile yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim anlaşması kurulmuş olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ev sahibi devlet bir öneride bulunan konumunda olduğu için tahkim prosedürünü başlatabilecek taraf niteliğinde olmadığıdır. Öneriyi kabul eden yatırımcının ancak merkeze başvurma hakkı vardır. Ev sahibi devlet, yatırımcı ile arasında yatırım

⁴⁷³ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 12.12.2019.

⁴⁷⁴ Şanlı, A.e., s. 595.

⁴⁷⁵ Çal, A.e.

sözleşmesi olduğu takdirde merkeze başvurabilmektedir. Ev sahibi devletin elindeki tek bilgi, yatırımcının uyuşudur.⁴⁷⁶

Genel Sekreter, ön denetim neticesinde uyuşmazlığın merkezin yargılama yetkisine girmediğine karar vermesi halinde başvuru reddedilmekte ve bu karar üst mercie götürülememektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; Genel Sekreterin merkezin yargılama yetkisi ile bir ön denetim yaptığı ve onun denetiminden sonra hakem heyetinin yetki hususunda doğrudan veya talep üzerine inceleme yapabildiğidir.⁴⁷⁷ Genel Sekreterin yapacağı inceleme, başvuruda bulunanın sunduğu belgelerle sınırlı olup karşı tarafın görüşü alınmaksızın ve dosya üzerinden yapılacaktır. Genel Sekreterin denetimi; başvurucunun Konvansiyon'a üyeliğinin denetimi, hukuki uyuşmazlığın mevcudiyeti ve rızanın varlığı ile sınırlıdır. Genel Sekreter, incelemede tam bir kanaate ulaşamazsa başvuruyu kabul edip hakem heyetinin yetkiyi incelemesine imkân tanınmalıdır. Başvurunun reddi kararı, kesin nitelikli olmayıp yeni bir başvuru yapılması halinde yeniden Genel Sekreterce inceleme yapılacaktır.⁴⁷⁸ Genel Sekreterin denetiminden geçtikten sonra başvuru kabul edilmektedir. Başvurunun kabulünden sonra, yetki ile ilgili taraflar arasında uyuşmazlık hasıl olursa bu konuyu çözmek hakem heyetinin görevidir. Bu sebeple yetki konusunda iki aşamalı bir süreç olduğu söylenebilir. İlk aşama olan Genel Sekreterin denetimden sonra, taraflarca yargılama aşamasında ileri sürülürse hakem heyetinin denetiminde olacaktır.

Kural olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar için uygulanacak temel metin Konvansiyon'dur. Ancak taraflardan birinin talepte bulunmasından talebin kabul edilip kaydedilmesi anına kadar geçerli olan ve uyulması gereken ICSID Tahkim ve Uzlaştırma Prosedürlerinin Başlatılmasına Dair Usul Kuralları yani kısaca ICSID Kurum Kuralları mevcuttur.⁴⁷⁹ Kurum kuralları, idari konsey tarafından kabul edilmiş olup talebin içeriği, talebin örnekleri ve talebin kabulü ile ilgili taraflara yol göstermektedir.

Kurum kurallarının birinci maddesine göre; yazılı talep Genel Sekretere bildirilmeli ve talepte uyuşmazlığın hangi usulle çözülmesinin istendiği açıkça belirtilmelidir. Talep, merkezin seçtiği resmi dillerden biri ile yazılmalı ve tarih ile

⁴⁷⁶ Figanmeşe, "Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Kızlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar", s. 123.

⁴⁷⁷ Açıklan, **A.e.**

⁴⁷⁸ Kuşuoğlu v.d., **A.e.**

⁴⁷⁹ Şanlı, **A.e.**, s. 584.

imza ihtiva etmelidir. İmza, taraf veya yetkili temsilcisi tarafından atılmalıdır. Talep, uyuşmazlığın taraflarınca beraber de yapılabilir.

Kurum kurallarının ikinci maddesine göre, talebin içeriğinde uyuşmazlığın taraflarının bilgileri ve adresleri bulunmalıdır. Taraflardan biri, devletin alt birimi ise o devlet tarafından yetkilendirildiğini ve devletin rızasının olduğunu gösteren bir belge sunmalıdır. Rıza tarihi ile bu tarihin ispatına yarayan belgeler de başvuruyla sunulmalıdır. Tarafların uyuşmazlığı merkeze götürmeyi kabul ettikleri tarih rıza tarihidir. Eğer rıza farklı tarihlerde verilmişse son bildirilen rızanın tarihi esas alınacaktır. Kişi bakımından yetkinin tesis edildiğini ispatlayan belgeler de başvuruyla sunulmalıdır. Eğer uyuşmazlığın tarafı rıza tarihinde ev sahibi devletin uyruğunda bulunan bir tüzel kişi ise ev sahibi devletin kendisini yabancı yatırımcı kabul ettiğini ispatlamalıdır.⁴⁸⁰

Başvuru dilekçesi bir orijinal ve beş imzalı nüshası ile sunulur, ancak Genel Sekreter daha fazla nüsha isteyebilir. Başvuru, kayıt harcı yatırıldıktan sonra Genel Sekreterce taraflara iki farklı bildirim yapılır. İlk bildirim, kayıt harcının yatırılarak başvuru yapıldığının karşı tarafa bildirilmesidir. İkinci bildirimde ise ön denetim neticesinde merkezin yetkisinin olduğu kabul edilerek başvurunun kayda alındığına dair taraflara bilgi verilmektedir.⁴⁸¹

Kurum Kuralları'nın 6. maddesine göre; Genel Sekreter merkezin yetkisi dahilinde olduğuna karar verdiği talebi, en kısa sürede tahkim siciline kaydeder ve bu kaydı aynı gün taraflara bildirir. Genel Sekreter yetkisizlik nedeniyle talebi reddettiği takdirde, bu reddi sebebiyle beraber taraflara bildirir. Görüldüğü üzere; Kurum Kuralları'nın 6. maddesi, Konvansiyon'un 36. maddesi ile uyumlu şekilde kaleme alınmıştır.

Genel Sekreter, tahkim talebinde tarafların hakemleri nasıl seçeceklerini bildirip bildirmediğini kontrol eder. Taraflar arasında bu konuda anlaşma yoksa; Kurum Kuralları'nın 7. maddesine göre Genel Sekreter taraflara Konvansiyon'un 37-40. maddelerine göre hakem heyeti oluşturmaları gerektiğini bildirir. Ayrıca panel listesini göndererek tarafların hakem seçmelerine yardımcı olur.

⁴⁸⁰ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/basicdoc/partD-rule.htm#r01>, 15.04.2020.

⁴⁸¹ Zenginkuzucu, **Devlet Ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi**, s. 115.

Tahkim talebin geri çekilmesi durumu Kurum Kuralları'nın 8. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre; talep Genel Sekreterce karşı tarafa iletilmiş ve başvuru yazılı olarak talebini geri çektiğini bildirmişse, Genel Sekreter derhal karşı tarafa bunu iletmekle yükümlüdür.⁴⁸²

1. Hakem Heyetinin Oluşturulması

Konvansiyonun 37. ila 40. maddeleri, hakem heyetinin oluşturulmasını düzenlemiştir.

“ Madde 37 (1) Hakem Heyeti (bundan sonra Heyet olarak adlandırılacaktır) 36 ncı maddeye uygun bir istem kaydedildiğinde en kısa zamanda oluşturulacaktır. (2) a) Heyet yalnız bir hakemden veya tarafların üzerinde anlaşacağı tek sayıda tayin edilmiş hakemden oluşacaktır. b) Tarafların hakemlerin sayısında veya atanma yöntemi üzerinde anlaşamamaları halinde, Heyet, taraflarca ayrı, ayrı atanan birer ve Heyetin Başkanlığını yapacak, tarafların ortak atadığı bir hakemden olmak üzere üç hakemden oluşacaktır.”⁴⁸³

Maddeden anlaşılacağı üzere; hakem heyeti en kısa zamanda oluşturulmalıdır. Hakem heyeti, tek veya tarafların anlaştığı tek sayıda hakemden oluşur. Taraflar arasında hakem sayısında anlaşma sağlanamazsa; birer tane tarafların atadığı bir tane de tarafların anlaşacağı bir hakem olmak üzere üç hakem ile heyet kurulur.

Tahkim talebinin kaydedilmesinden itibaren, Konvansiyon hükümlerinin yanı sıra tarafların uygulanmasını kabul etmeleri halinde Tahkim Kuralları da yargılamaya uygulanacaktır. 1967 yılında imzalanan 56 maddeden ibaret Tahkim Kuralları; 1 Ocak 1968'te yürürlüğe girmiş ve 1984, 2002, 2003 ve 2006 yılında değişikliğe uğrayarak son halini almıştır. Bu kurallar son haliyle; mahkemenin kurulması, mahkemenin çalışması, yazılı ve sözlü yargılama, özel prosedürler ve davanın karar haricinde sona ermesi, karar, kararın gözden geçirilmesi ve iptali konularında çeşitli hükümler ihtiva etmektedir.

Tahkim Kuralları'nın ilk bölümü “Mahkemenin Kurulması” başlığını taşıyan 12 maddeden ibaret kurallardan oluşmaktadır. Tarafların heyeti belirlemede anlaşamamaları üzerine uygulanacak prosedür 2. maddede açıklanmıştır. Buna

⁴⁸² (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/basicdoc/partD-rule.htm#r01>, 15.04.2020.

⁴⁸³ (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 21.04.2020.

göre; tahkim talebinde bulunan taraf, 10 gün içinde hakem ataması ve sayısı ile ilgili karşı tarafa bildirimde bulunur. Karşı taraf bu öneriyi değerlendirip kabul etmek ve kendi önerisini sunmak için 20 güne sahiptir. Başvurucu da yapılan karşı öneriyi 20 gün içinde cevaplamalıdır. Neticede 60 günlük süre içinde tarafların iradelerine göre hakem heyeti oluşturmaları beklenmektedir.⁴⁸⁴

Bu sürede heyet oluşturulamazsa Konvansiyon hükümlerine göre heyet oluşturulacaktır.

“Madde 38 Eğer Heyet 36 ncı maddenin 3 üncü paragrafına göre istem kaydının Genel Sekreterlikçe dağıtımını izleyen 90 gün içinde veya tarafların daha önce üzerinde anlaştığı bir sürede oluşturulmazsa, Başkan herhangi bir tarafın istemi üzerine taraflara mümkün olduğunca danışarak atanamayan hakem veya hakemleri atayacaktır. Bu maddeye göre Başkanca atanan hakemler anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin vatandaşı veya Âkit ülkelerin vatandaşlarından birinin taraf olduğu anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin vatandaşı olamazlar.”

Taraflara iradelerine göre hakem ataması yapmalar için 90 günlük bir süre tanınmıştır. Ancak taraflar uzlaşmazsa, Genel Sekreterin talebi üzerine idari konseyin başkanı devreye girer ve atamayı yapar. Tahkim Kuralları'nın 4. maddesine göre başkan 30 gün içinde atamayı yapacaktır. Başkan tarafından atanan hakemler, tarafların vatandaşlığında olamaz.

“Madde 39 Hakemlerin çoğunluğu anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin ve vatandaşı anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin vatandaşı olmayacaktır. Bununla birlikte bu madde hükümleri tek hakem veya heyetin her bir üyesi tarafların rızası ile atanırsa uygulanmaz”.⁴⁸⁵

Bu madde ile hakemlerin uyruğuna dair düzenleme yapılmıştır. Kural olarak tarafların uyruğunda bulunan hakemler heyette çoğunluğu oluşturamazlar. Bu kural, hakemlik ile arabuluculuk arasındaki en önemli farklardandır.⁴⁸⁶

Konvansiyon'da olmamasına rağmen Tahkim Kuralları'nda hakemlerin değiştirilmesi, istifası, reddi ve boşalan yerin doldurulmasına dair kurallar mevcuttur. 7. maddeye göre; mahkeme oluşturulmadan önce taraflar kendi atadıkları hakemi veya ortak atadıkları hakemi, ortak kararla değiştirebilir. 8. maddeye göre; bir

⁴⁸⁴ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/StaticFiles/basicdoc/partD-rule.htm#r01>, 22.04.2020.

⁴⁸⁵ (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 23.04.2020.

⁴⁸⁶ Zenginkuzucu, **Uluslararası Ticaret Ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm Kurumlar Kurallar Süreçler**, s. 112.

hakem, heyete veya Genel Sekretere istifasını sunabilir. 9. maddeye göre, karar verilene kadarki bir aşamada taraflardan biri hakemlerden birinin reddini talep edebilir. Kural olarak hakemin reddi isteminde, hakem heyeti kendi arasında yapacağı oylama ile karar verecektir. Ancak oylarda eşitlik olması halinde, bu durum Genel Sekreter aracılığıyla idari konsey başkanına bildirilir ve başkan 30 gün içinde bir karar alır. 10. maddeye göre; ölüm, istifa veya hakemin reddi gibi bir sebeple heyette boşluk oluşması halinde dava askıya alınır. 11. maddeye göre; yeni hakem, daha önceki hakemin seçildiği usulle seçilir. 12. maddeye göre; yeni hakem seçildikten sonra dava kaldığı yerden devam eder.⁴⁸⁷ Konvansiyon, rızanın verilmesinden sonra uyuşmazlığın çözümüne engel olacak her ihtimali bertaraf etmek için hükümler getirmiştir. Bunun bir örneği de usul kurallarının tespitinde ve hakem heyetlerinin oluşturulmasında görülmektedir. Böylece rızanın verildikten sonra geri alınamaması ilkesi, heyetin işleyişine dair hükümlerin taraflarca tespit edilememesi halinde başkanın sorunu çözmesi yöntemiyle tamamlanır.

2. Hakem Heyetinin Görevleri ve Yetkileri

Konvansiyonun 41. ila 47. maddelerinde hakem heyetinin işlem ve yetkileri tanımlanmıştır.

“Madde 41 (1) Heyet yetkili olup olmadığını kendisi kararlaştıracaktır. (2) Anlaşmazlığa, bu anlaşmazlığın Merkezin yargı alanı içerisinde olmadığı veya diğer nedenlerle, Heyetin yetki sınırları içerisine girmediği biçiminde taraflardan birine itiraz edildiğinde, itirazın geçerliliğini veya ön bir soru olarak mı ele alınması gerektiğini Heyet belirleyecektir.”⁴⁸⁸

Yetki konusunu düzenleyen 41. maddeye göre; hakem heyetinin yetkisi, merkezin yargılama yetkisi ile sınırlıdır ve merkezin ve dolayısıyla kendisinin yetkili olup olmadığını hakem heyeti kendisi takdir eder. Taraflardan birinin yetki itirazında bulunması halinde bu itirazın, geçerli olup olmadığı veya esastan incelemenin bırakılarak bir ön sorun olarak bu itirazın ele alınıp alınmayacağı hakem heyeti tarafından takdir edilecektir.

⁴⁸⁷ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/basicdoc/partD-rule.htm#r01>, 24.04.2020.

⁴⁸⁸ (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 25.04.2020.

Yatırım tahkiminde hakem heyeti uyuşmazlık konusunu esas ve usul sorunları olarak ayırarak inceleyebilir. Zira Konvansiyon'un 41. maddesi hakem heyetine bir vakıayı ön sorun olarak veya esastan inceleme yetkisi vererek ICSID tahkiminde de böyle bir ayrıma gidilebileceğini ve bu hususta hakem heyetinin yetkili olduğunu göstermektedir. 41. madde uyarınca heyetin yargı yetkisine itiraz, bir ön sorun olarak ele alınması şart olmayıp esastan inceleme yapılması hakem heyetinin takdirindedir. Yargılamanın bölünerek yapılması, maliyet ve etkinlik bakımından yani usul ekonomisi açısından da uygundur.⁴⁸⁹

"Madde 42 (1) Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin, hukukunun (Kanunların çalışması* halinde uygulanacak kuralları da dahil olmak üzere) ve Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır. (2) Heyet, hukukun belirsizliği veya boşluğu karşısında bir çözüm getirmeyebilir. (3) 1 ve 2 nci paragraf hükümleri, taraflar bu şekilde anlaştığı takdirde, Heyetin anlaşmazlığı hakkaniyet kuralları çerçevesinde çözmesine engel teşkil etmez".

Uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleyen 42. maddeye göre, tarafların anlaştığı hukukun uyuşmazlığa uygulanması esastır. Ancak tarafların anlaşamaması halinde, ev sahibi devletin ulusal hukuku ve uluslararası hukuk kuralları beraber uygulanacaktır. Maddeden anlaşılacağı üzere; ev sahibi devletin ulusal hukukunun uluslararası hukuka aykırı hükümlerinin uyuşmazlığa uygulanmaması için bir denetim mekanizması olarak uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanması öngörülmüştür. İkinci fıkra konusunda doktrinde tartışma söz konusudur. Kimi yazarlar bu madde ile esasında hukuki bir belirsizlik veya boşluk nedeniyle heyetin karar vermektan kaçınamayacağını belirtmektedir.⁴⁹⁰ Kimi yazarlarca, yukarıda "Yatırım Hukuku'nun Kaynakları" kısmında "Uluslararası Mahkemelerin Veya Hakem Heyetlerinin Kararları" alt başlığında belirtildiği üzere, fıkra çevirideki şekliyle kabul edilmektedir. Buna göre; fıkra ile anlatılmak istenen karar vermektan imtina yasağı olmayıp hakem heyetlerinin maddenin ve Konvansiyon'un boşluk doldurma prosedürlerine bağlı kalmak zorunda olmadığıdır. Hatta bu fıkra sayesinde,

⁴⁸⁹ Baiju S. Vasani, "Bi-Trifurcation of Investment Disputes", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 122.

* "Çalışması" kelimesinin yerine "çatışması" olmalıdır.

⁴⁹⁰ Zenginkuzucu, **Devlet Ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi**, s. 128.

hakemlerin norm üreticisi haline geldikleri savunulmaktadır.⁴⁹¹ Üçüncü fıkra ise tarafların anlaşması halinde heyetin hakkaniyete göre karar vermesini öngörmektedir. Dikkat edilmesi gereken husus, hukuki boşluk veya belirsizlik halinde doğrudan son fıkraya gidilemeyeceğidir. Zira son fıkra, tarafların iradesi halinde uyuşmazlığa uygulanabilir.⁴⁹²

ICSID kapsamında ele alınan ilk uyuşmazlıklar daha ziyade imtiyaz sözleşmelerinden veya yatırım mevzuatından kaynaklandığı için hakem heyetleri, uyuşmazlıkların esasına ulusal mevzuatı uygulamış, uluslararası kuralları ise tamamlayıcı olarak kullanmıştır. Ayrıca doktrin tarafından da kurallar arasında hiyerarşi olduğu ve ulusal mevzuatın uluslararası kurallardan önce geldiği iddia edilmiştir. Ancak daha sonra bu hiyerarşik inceleme terk edilmiş ve her iki kural kümülatif olarak ele alınmıştır.⁴⁹³

Bu madde, yatırımların kamu yararı ile yakından ilgisini gözeterek ev sahibi devletin hukukuna öncelik tanımış olsa da yatırımcıyı korumak adına ulusal hukukun uygulanmasını uluslararası hukuk kuralları ile sınırlandırmıştır. Yani ev sahibi devletin egemenliğine ve hukukuna dayanarak yaptığı eylemler, uluslararası hukuka uygun olduğu ölçüde geçerli olacaktır. Uluslararası hukuk kurallarının tespitinde, BM Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine başvurularak iyi niyet, ahde vefa, zararın tazmini gibi uluslararası ticareti şekillendiren teamül kuralları kullanılmalıdır. Çoğu anlaşmada, ev sahibi devletin ulusal hukukunda yaşanabilecek değişikliklerden kaçınmak için istikrar kaydı bulunmaktadır.⁴⁹⁴

Bu maddeyle ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki metindir. Zira yatırım anlaşmasının ihlalinden kaynaklanan bir uyuşmazlığa uluslararası hukukun uygulanması esas olmakla beraber, yatırım sözleşmesinin ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlığa sözleşmede tespit edilmiş hukukun öncelikle uygulanması gerekir. Konvansiyon'un 42. maddesi, tarafların uluslararası hukuka başvurmasına olanak tanımakta ve sözleşmenin bir

⁴⁹¹ Norton, **A.e.**

⁴⁹² Zenginkuzucu, **A.e.**, s. 129.

⁴⁹³ Florian Grisel, "The Sources of Foreign Investment Law", **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, Ed. by: Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 216-217.

⁴⁹⁴ Şanlı, **A.e.**, s. 586-588.

tarafı özel hukuk kişisi olmasına rağmen sözleşmenin uluslararasılaşmasının önünü açmaktadır.⁴⁹⁵

“Madde 43 Taraflar başka türlü anlaşmadığı takdirde, davanın herhangi bir aşamasında, Heyet uygun görürse; a) Tarafları belge ve delil göstermeye çağırabilir. b) Anlaşmazlık alanını ziyaret edebilir ve uygun gördüğü soruşturmayı yürütebilir.”

Delil sunma ve keşif imkânı sağlayan bu maddeye göre; taraflar aksi yönde anlaşmadıkları takdirde heyet, taraflardan delil sunmalarını isteyebilir veya keşifte bulunabilir.

“Madde 44 Hakemlik davası, taraflar başka biçimde anlaşmadıkları takdirde, bu bölüm hükümlerine ve tarafların hakeme gittikleri tarihteki hakemlik kurallarına göre yürütülür. Bu bölümce veya hakemlik kurallarınca veya tarafların anlaştığı kurallarınca kapsanmayan bir sorun arz olduğunda, Heyet soruna çözüm bulur.”⁴⁹⁶

Kuralların yürürlüğünü tespit eden bu maddeye göre; aksi kararlaştırılmadığı sürece tarafların tahkime başvurduğu anda geçerli olan tahkim kuralları, uyuşmazlığa uygulanacaktır. Ancak kuralların kapsamadığı bir sorun hasıl olduğunda, heyet bunu çözmekle görevlidir.

Doktrinde maddenin Resmi Gazete’deki tercümesinde yanlışlık olduğu ve 44. madde ile taraflara ancak Tahkim Kuralları’nın uygulanması konusunda iradelerini gösterme imkânı sağlandığı ileri sürülmektedir. Buna göre; Konvansiyon kurallarının tamamı tahkime muhakkak uygulanacaktır, ancak Konvansiyon’un eki niteliğindeki Tahkim Kuralları’nın tamamen, kısmen veya değiştirilerek uygulanması veya hiç uygulanmaması tarafların iradesine bağlıdır.⁴⁹⁷

“Madde 45 (1) Taraflardan birinin mahkemeye katılamaması veya davasını sunamaması diğer tarafın bir hak iddia etmesi olarak kabul edilemez. (2) Taraflardan birinin davanın herhangi bir aşamasında mahkemeye katılmaması veya olayı sunmaması halinde diğer taraf Heyetin iletilen sorunların çözümü ile ilgilenmesini ve karar vermesini isteyebilir. Karar verilmezden önce, Heyet, mahkemede bulunmayan veya davasını sunmayan tarafa, bu tarafın kasıtlı olarak yapmadığından emin olmadıkça ek bir süre vererek bu tarafı uyarır.”⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ Figanmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, s. 129-131.

⁴⁹⁶ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 26.05.2020.

⁴⁹⁷ Figanmeşe, A.e., s. 112-113.

Tarafların duruşmaya katılmaması durumunu düzenleyen bu maddeye göre, geçerli bir sebeple duruşmaya katılamayan taraf, karşı tarafın iddialarını kabul etmiş sayılmaz. Ancak geçerli bir sebep olmaksızın duruşmaya katılmayan tarafın yokluğunda karar verilmesi karşı tarafça istenebilir. Heyet, gelmeyen tarafın geçerli bir sebebi olduğuna kanaat getirirse ek süre verecektir.

“Madde 46 Taraflar başka biçimde anlaşmadığı takdirde, taraflardan birince istenmesi halinde Heyet, tarafların rızası çerçevesinde ve Merkezin yargı yetkisi içerisinde anlaşmazlığın aslî konusu dışında doğrudan ortaya çıkabilecek ek iddia ve karşı iddiaları belirleyecektir.”

Ek iddiaların değerlendirilmesi düzenleyen bu maddeye göre; aksi bir anlaşma olmadığı, tarafların rızası olduğu ve merkezin yargı yetkisine girdiği sürece taraflardan birinin istemi üzerine ek iddialar ve karşı iddialar heyet tarafından tespit edilecektir.

“Madde 47 Taraflar başka biçimde anlaşmadığı takdirde, Heyet şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyatî tedbirler tavsiye edebilir.”⁴⁹⁹

İhtiyati tedbiri düzenleyen bu maddeye göre hakem heyeti, tarafların aksi yönde anlaşmaları olmadığı sürece ve her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için şartlar gereği tedbirin gerekli olduğunu ve uygulanmasını tavsiye edebilir. Dikkat edilmesi gereken husus; heyet, ihtiyati tedbir kararı vermeye değil, tavsiye etmeye yetkilidir.

Ancak uygulamada, hakem heyetlerinin bağlayıcı nitelikte ihtiyati tedbir kararı verdiği görülmektedir. Hakem kararlarının kendi hukukunu yaratmasına en önemli örnek, Konvansiyon’un 47. maddesine göre tedbirlerin bağlayıcılığı olmamasına rağmen hakem kararları ile bağlayıcı hale getirilmesidir.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 26.05.2020.

⁴⁹⁹ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 28.05.2020.

⁵⁰⁰ Schill, A.e.

3. Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği

Bir yargı organının uluslararası yargı organı olduğunun kabulü için kuruluş, uygulanan hukuk ve uyuşmazlığın tarafları olmak üzere üç kritere tabi tutulması gerekir. Yargı merciinin uluslararası bir anlaşma ile kurulmuş olması kuruluş kriterini ifade etmektedir. Yargı merciinde uyuşmazlığa uluslararası hukukun uygulanması, uygulanan hukuk kriterini ifade etmektedir. Uyuşmazlığın taraflarının; devletler, uluslararası örgütler veya gerçek veya tüzel kişiler olması taraf kriterini karşılamaktadır.

Üç kriter merkeze bağlı hakem heyetlerine uygulandığında hakem heyetlerinin tam anlamıyla uluslararası yargı mercii olarak kabul edilemeyeceği, melez yapıda olduğu ortaya çıkmaktadır. Zira hakem heyetleri, uluslararası nitelikli yatırım anlaşmaları veya uluslararasılaştırılmış yatırım sözleşmeleri ile kurulmaktadır. Hakem heyetleri, uluslararası hukuk kurallarını uyuşmazlığa uygulamak zorunda değildir. Uyuşmazlığın tarafları devlet ile gerçek veya tüzel kişilerdir.⁵⁰¹

Üç kriterin beraber değerlendirilmesinin gerekli olmadığı, sadece uyuşmazlık taraflarına bakılarak da hakem heyetlerinin hukuki niteliğinin tespit edilebileceği de ileri sürülmektedir. Uyuşmazlığın taraflarının devlet ile gerçek veya tüzel kişi olması nedeniyle ICSID tahkiminin, devletler özel veya devletler genel hukuku anlamında bir tahkim olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır. Bu durumdaki hakem heyetleri, hukuki nitelik olarak uluslararası tahkime benzer olarak kabul edilmektedir.⁵⁰²

4. Hakemin Reddi

Hakemin bağımsızlığı; hakemin davanın tarafları ile hukuki, ekonomik veya siyasi hiçbir ilişkinin olmamasını ve dava konusundan herhangi bir menfaati olmamasını ifade etmektedir. Tarafsızlık ise hakemin yanlı olmamasını ifade etmektedir. Tahkimin taraf iradesine dayandığı ileri sürülerek bu iki ilkeden vazgeçmek mümkün değildir ve ihlalleri hakemin reddini gerektirir.⁵⁰³

⁵⁰¹ Zenginkuzucu, A.e., s. 111-113.

⁵⁰² Gökçen Turan, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002 (Çevrimiçi) <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/750>, 12.05.2019.

⁵⁰³ H. Karaca, "Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk**

Konvansiyon'da hakemin bağımsızlığının ve tarafsızlığının temini için hakemin reddi koşulları hüküm altına alınmıştır. Konvansiyon'un 57. ve 58. maddelerine göre; belirli koşullar altında taraflardan birinin istemi üzerine hakemin reddi mümkündür. 57. madde; bu hususta 14. maddeye atıf yaparak yüksek ahlak sahibi, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen, bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek, hukuk alanında yeterliliğe sahip kişilerin hakem olabileceğini ve bu koşullardan birini sağlamayan hakemin reddinin mümkün olduğunu hüküm altına almıştır. 58. maddeye göre, diğer hakemler hakemin reddi talebini inceleyecektir.⁵⁰⁴

5. Tahkim Kuralları ile Getirilen Hükümler

Hakem heyetinin yetki ve işlemleri Konvansiyon'da belirlenmiştir. Ancak mahkemenin oturumları, genel usul kuralları, özel usul kuralları, yazılı ve sözlü yargılama ile ilgili kurallar Tahkim Kuralları'nda ele alınmıştır.

a. Hakem Heyetinin Çalışması

Tahkim Kuralları'nın 2. bölümünde 13 ila 18. maddeler arasında mahkemenin çalışması düzenlenmiştir. 13. maddeye göre, taraflar arasında aksi bir anlaşma yoksa heyet kurulmasından itibaren 60 gün içinde ilk oturumunu yapacaktır. Oturum tarihi, Genel Sekretere ve heyet üyelerine danışılarak heyet başkanı tarafından belirlenir. İlk ve sonraki oturumların tarihleri taraflara Genel Sekreterce bildirilir. Tarafların aksi yönde anlaşması yoksa, oturumlar için merkezde toplanılacaktır. 14. maddeye göre, heyet başkanı oturumları yürütmekle görevlidir. Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, hakemlerin çoğunluğu oturuma katılmak zorundadır. 15. maddeye göre, heyet gizli oturumla toplanacaktır. Heyet tarafından aksi kararlaştırılmadıkça müzakerelere sadece heyet üyeleri katılabilir. 16. maddeye göre, heyet oy çoğunluğu ile karar alır. Çekimser oy, olumsuz oy anlamına gelmektedir. 17. maddeye göre, heyet başkanının görevini yerine getirememesi halinde, üyelerden biri yerine geçecektir. 18. maddeye göre; taraflar, karşı tarafa bilgi verilmek üzere Genel Sekretere bilgi vererek vekille temsil edilebilir.

b. Genel Usul Kuralları

Tahkim Kuralları'nın 3. bölümünde 19 ila 28. maddeler arasında genel usul kuralları düzenlenmiştir. 19. maddeye göre; heyet, usul hükümleri ile davanın yürümesini sağlayacaktır. 20. maddeye göre; heyet kurulduktan sonra heyet başkanı, en kısa zamanda taraflara usulü belirlemelerini talep eder. Buna göre; oturumlarda bulunması gereken üye sayısının tespiti, kullanılacak dil veya diller, dilekçelerin sırası ve hangi süre içinde verileceği ve dava masraflarının nasıl paylaşılacağı tespit edilir. 21. maddeye göre; Genel Sekreterin talebi veya heyet başkanının istemi üzerine, heyet ve tarafların katılımıyla duruşma öncesi bilgi paylaşımı ve tahkim sürecini hızlandırmak amacıyla bir toplantı düzenlenebilir. Tarafların istemi halinde, tarafların ve heyetin katılımıyla duruşma öncesi bir toplantı ile dostane çözüm yolu aranabilir. 22. maddeye göre, taraflar tüm süreç boyunca kullanılmak üzere bir veya iki dil seçebilir. Bu konuda anlaşamazlarsa, merkezin resmi dillerinden birini seçerler. 23. madde ile tarafların heyete sunduğu her türlü belgenin kaç nüsha olarak sunulacağı belirlenmiştir. 24. maddeye göre; sunulan belgelerin devamı niteliğinde olan ekleri de belgelerin sunulması için verilen süreler içinde sunulmalıdır. 25. maddeye göre; taraflarca sunulan belgelerde veya eklerinde bulunan maddi hata, karşı tarafın rızası veya heyetin izni ile karar verilmeden önce düzeltilebilir. 26. maddeye göre; heyet veya heyetin bu yetkiyi devretmesi durumunda başkan, dava sürecindeki süreleri belirlemekle yükümlüdür. Verilen sürenin uzatılması; duruşma esnasında heyetin, duruşma haricinde başkanın görevidir. Sürelere uymadan yapılan işlemler heyeti bağlamaz. 27. maddeye göre; anlaşmaya veya heyet kararlarına uyulmadığını düşünen taraf, derhal itiraz etmelidir. Aksi halde itirazdan feragat etmiş sayılır. 28. maddeye göre; mahkeme masrafları taraflardan birine yükletilir veya taraflar arasında paylaşılır.

c. Yazılı ve Sözlü Yargılama

Tahkim Kuralları'nın 4. bölümünde 29 ila 38. maddeler arasında yazılı ve sözlü yargılamanın nasıl olacağı düzenlenmiştir. 29. maddeye göre; taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece yargılama, yazılı ve sözlü olmak üzere iki aşamadan ibarettir. 30. maddeye göre, heyetin kurulmasıyla Genel Sekreter üyelere dava ile ilgili belge ve bilgileri gönderir. 31. maddeye göre; yazılı yargılama tahkim talebine ilaveten heyetin belirlediği süre içinde, dava dilekçesi ve cevap dilekçesinin

sunulması ile başlar. Tarafların kabulü veya heyetin istemi üzerine ikinci dilekçeler de sunulur. Dava dilekçesinde; davanın esası, uygulanacak hukuk ve iddialar sunulmalıdır. Cevap dilekçesi ise dava dilekçesinin kabulünü veya reddini, gerekli ise davanın esasına ilaveler, uygulanacak hukuk ve iddiaları içermelidir. 32. maddeye göre; sözlü yargılama, duruşma yapılmasını ifade etmektedir. Bu süreçte heyet ve taraflar haricinde, avukatlar ve bilirkişiler de duruşmalara katılabilir. Heyet, duruşmalarda taraflara veya vekillerine soru sorabilir veya açıklama talep edebilir. Bu madde, davanın taraflarının açıkça itiraz etmemesi halinde üçüncü kişilerin de duruşmalara katılmasına izin vermektedir. ICSID tahkiminde sınırlı katılımı sağlayarak şeffaflığın teminine yardımcı olan bu madde, ICSID tahkiminin diğer tahkim mekanizmalarından ayrılmasını sağlar. Duruşmalara üçüncü kişilerin katılımı ve dolayısıyla şeffaflık, taraf iradelerine bırakıldığı için sınırlı nitelikte kabul edilmelidir. 33. maddeye göre, heyetin belirlediği sürelerle göre taraflar delillerini heyete sunmak zorundadır. 34. maddeye göre, delillerin kabul edilebilirliğini değerlendirmek heyetin takdirindedir. Heyet, tarafların delillerini temin etmelerini veya keşfe gitmeyi isteyebilir. 35. maddeye göre, tanık ve bilirkişiler heyet huzurunda dinlenir ve üyelerin soru sorma hakkı vardır. 36. maddeye göre, önceki maddeye istisna olarak tarafların rızasıyla duruşma haricinde de tanık veya bilirkişi dinlenebilir. 37. maddeye göre; heyet, dava tarafı olmayan üçüncü bir kişinin dava konusu ile bilgisi olması halinde müdahil olmasını kabul edebilir.⁵⁰⁵ Bu madde ile Konvansiyon'a bir istisna getirilmiştir. Bu istisnanın amacı, şeffaflığın sağlanmasıdır. Kural olarak davanın tarafları sadece yatırımcı ile ev sahibi devlettir. Amicus curiae yani davanın tarafı olmayan bir kişinin mahkemeye bilgi vermesini sağlayan bu yazılar ile istisna sağlanmıştır.⁵⁰⁶

37. madde tarafların iradesine dayanmaktadır. Tarafların rızasına mukabil, üçüncü tarafın görüşü alınmaktadır. Üçüncü tarafın yargılamaya dahil olması üç bakımdan sınırlandırılmıştır. İlki, üçüncü kişinin dava konusu olayla ilgili menfaatinin kamu yararı ile ilgili olması şarttır. Taraflardan birinin devlet olması uyumsuzluğu doğrudan kamu yararı ile ilgili hale getirmediği için bu şartın ispatı zor olacaktır. İkinci olarak; üçüncü kişi, uyumsuzluğun taraflarından farklı bir görüş getirmelidir. Son

⁵⁰⁵ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/basicdoc/partD-rule.htm#r01>, 23.06.2020.

⁵⁰⁶ Şanlı, A.e., s. 584.

sınırlama ise üçüncü kişinin görüşünün yargılamayı aksatmaması ve haksız yere bir tarafı zarar uğratmamasıdır.⁵⁰⁷

37. madde ile bilgi sunacak üçüncü kişinin, herhangi bir kişiye veya kuruluşa atıf yapılmadan sıfatının tanımlanmaması, katılımın ve şeffaflığın sağlanması açısından önemlidir. Zira bu sayede sivil toplum kuruluşları, vatandaşlar, yerel ticari kuruluşlar, hükümetler gibi çok çeşitli kişilerin katılımı sağlanmış ve şeffaflığın tesisi için adım atılmıştır.⁵⁰⁸

Katılımın ve şeffaflığın sağlanması Tahkim Kuralları'nın 37. maddesinin yanı sıra Tahkim Kuralları'nın 32. ve 48. maddesi ile de sağlanmaktadır. Ayrıca Konvansiyon'un 48. maddesi göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Tahkim Kuralları'nın 32. maddesi, taraflar haricinde duruşmalara üçüncü kişilerin katılımını sağlarken Tahkim Kuralları'nın 48. ve Konvansiyon'un 48. maddesi hakem heyeti kararlarının yayınlanmasını dolayısıyla kamuya açıklanmasını sağlar. Dikkat edilmesi gereken husus, katılım ve şeffaflığın sağlanmasının tek yolunun taraf iradesi olduğudur. Zira taraflar Tahkim Kuralları'nı kabul etmeme hakkına sahiptir. Konvansiyon'daki 48. madde de tarafların rızası halinde kararın yayınlanmasını hüküm altına almıştır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında 37/2. madde de diğer hükümler gibi sınırlı katılım ve şeffaflık ilkesine uygun olarak kaleme alınmıştır.⁵⁰⁹

38. maddeye göre, sözlü yargılamanın tamamlanmasıyla karar aşamasına geçilir. Bu durumun istisnası, davanın seyrini değiştirecek bir kanıt elde edilmesi veya açıklanması gereken bir hususun bulunması halinde sözlü yargılamaya geri dönülmesidir.

Tahkim Kuralları'nın genel usul kurallarına ve yargılamaya ilişkin hükümlerinde; yargılamanın her aşamasında tarafların bilgilendirilmesi ve taraflardan birinin iddiası veya talebi hakkında heyetçe karar verilmeden önce karşı tarafın bu iddia hakkında savunmada bulunmasına imkân tanınması esastır. İddia ve savunma hakkının tahkim yargılanmasında kullanılması; her iki tarafa eşit

⁵⁰⁷ Trakman, A.e.

⁵⁰⁸ Andrea J. Menaker, "Piercing the Veil of Confidentiality: The Recent Trend Towards Greater Public Participation and Transparency in Investor-State Arbitration", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 147.

⁵⁰⁹ Christina Knahr, "The New Rules on Participation of Non-disputing Parties in ICSID Arbitration: Blessing or Curse?", **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. by: Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, s. 322-323.

davranılması, tarafların delilleri sunma hakları ve talepleri ile ilgili görüşlerinin alınması şeklinde olmaktadır.⁵¹⁰

d. Özel Prosedürler ve Davanın Karar Haricinde Sona Ermesi

Tahkim Kuralları'nın 5. bölümünde 39 ila 45. maddeler arasında özel prosedürler başlığı altında; geçici önlemler ile ihtiyati tedbir, tali talepler, ilk itirazlar, temerrüt hali, uzlaşma ile davanın sona ermesi, taraflardan birinin talebi ile davanın sona ermesi ve tarafların herhangi bir işlem yapmaması nedeniyle davanın sona ermesi düzenlenmiştir.

39. maddeye göre, hakem heyeti kurulduktan sonra yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflardan biri haklarının korunması için ihtiyati tedbir tavsiye kararı talebinde bulunabilir. Talepte; korunması gereken haklar, hakların neden korunmaya muhtaç olduğu ve tavsiye edilmesi istenen ihtiyati tedbir yer alacaktır. Tedbir talebinde bulunulması halinde, hakem heyeti talebi öncelikle inceleyecektir. Talep dışında da hakem heyeti re'sen ihtiyati tedbir tavsiye kararı verebilir.⁵¹¹

İhtiyati tedbir konusunda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, dava finansman şirketlerinin durumudur. ICSID kararlarının icrası, ulusal mahkemelere bırakılmıştır. Bu sebeple mahkeme masraflarının tahsili; ICSID tahkimi ile değil, ulusal hukuklarla sağlanmaktadır. Üçüncü kişi finansmanlar, davacıdan mahkeme masraflarını alabilmek için hakem heyetinden ihtiyati tedbir mahiyetinde teminat alınmasını talep etmektedir. Ancak hakem heyetleri doğrudan böyle bir karar vermemekte, karşı tarafın kötüniyetli olduğuna dair emarelerin bulunmasını istemektedir.⁵¹²

40. maddeye göre; tarafların aksi yönde anlaşmaları olmadığı sürece taraflardan biri, dava konusu ile ilintili tali taleplerde bulunabilir.

41. madde ile ilk itiraz belirlenmiştir. Genel Sekreter tarafından merkezin yargılama yetkisi hususunda yapılan ön denetimden sonra doğan yetki sorunlarının çözümünü bu madde düzenlemektedir. Bu madde, Konvansiyon'un 41. maddesinin detaylandırılmış hali olarak görülebilir. Uyuşmazlığın veya tali talebin merkezin yargılama yetkisine girmediğine dair itiraz en kısa sürede yapılmalıdır. Taraflar

⁵¹⁰ Ferda Nur Güvenalp, **Milletlerarası Tahkimde İddia Ve Savunma Hakkının İhlali**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 167-168.

⁵¹¹ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap05.htm>, 07.08.2020.

⁵¹² Brekoulakis v.d., A.e.

arasında başka bir anlaşma yoksa hakem heyeti kurulduktan sonra 30 gün içinde veya en geç ilk duruşma yapılana kadar ilk itiraz ileri sürülmelidir. Ayrıca yargılamanın herhangi bir sürecinde, hakem heyeti re'sen uyuşmazlığı çözme konusunda yetkisinin olup olmadığını inceleyebilir. Yapılan itirazın, ilk itiraz olarak kabul edilip itiraz hakkında bir karar vermek için uyuşmazlığın esasını incelemeyi askıya almak hakem heyetinin takdirindedir. Hakem heyeti, itirazı bir ilk itiraz olarak kabul etmeyip esas uyuşmazlıkla beraber inceleyebilir.⁵¹³

Yapılan itirazın ilk itiraz olarak kabul edilip bir ön sorun haline getirilmesi halinde, çatallı yaklaşım söz konusu olur. Konvansiyon, hakem heyetinin çatallı yaklaşım uygulamasına izin vermektedir. Yani hakem heyeti, usul sorununu esastan ayırarak öncelikle inceleyebilir.⁵¹⁴

42. madde taraflardan birinin temerrüde düşme halini düzenler. Buna göre, davaya cevap vermeyen veya iddialarını savunduğunu gösteren bir emare ileri sürmeyen tarafın temerrüde düştüğünden bahisle, karşı taraf hakem heyetinin bir karar vermesini ve davayı sona erdirmesini talep edebilir. Talep mukabilinde, temerrüde düşen tarafa talep ve dava hakkında beyanda bulunması için 60 günlük bir süre tanınır. Süre sonunda hakem heyetince bir karara varılır.

Tahkim Kuralları'nın 43 ila 45. maddeleri karar haricinde davanın sona erme hallerini düzenlemiştir. 43. maddeye göre; taraflar heyet oluşturulmadan önce uzlaşırlarsa Genel Sekretere, dava görülürken ancak karar verilmeden önce uzlaşırlarsa heyete yazılı başvuruda bulunarak davanın sona ermesini isteyebilirler. Ayrıca uzlaşma metinlerini karşılıklı imzalayıp Genel Sekretere sunarak uzlaşma metninin karar mahiyetinde olmasını talep edebilirler. Böyle bir durumda, heyet bu metni karar olarak kabul etmek durumundadır. 44. maddeye göre; taraflardan birinin davanın sona erdirilmesi talebi, heyet oluşturulmadan önce Genel Sekretere, dava görülürken heyete iletilir. Bu madde, davadan feragat olarak kabul edilebilir. Bu durumda, karşı tarafa makul bir süre tanınarak itiraz edip etmediği sorulur. Karşı taraf itiraz etmezse dava sona erer. Karşı taraf itiraz ettiği takdirde, dava devam edecektir. 45. maddeye göre; taraflar 6 ay boyunca dava hakkında hiçbir işlem

⁵¹³ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap05.htm>, 07.08.2020.

⁵¹⁴ Susan L. Karamanian, "Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID", **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Vol. 19, No.1, 2003, pp. 5-34, (Çevrimiçi) <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>, 17.05.2020.

yapmadıkları takdirde davanın sona erdiği Genel Sekreterce kaydedilir.⁵¹⁵ Bu maddelerden anlaşıldığı üzere; ICSID’de görülen bir dava uyuşmazlığın heyetçe görüşülüp karara bağlanmasının haricinde tarafların iradeleri ile uzlaşma, taraflardan birini talebi (davadan feragati) veya tarafların işlem yapmaması nedeniyle üç şekilde daha sona ermektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, üç durumda verilen kararın nihai nitelikte olmadığıdır. Bu sebeple Konvansiyon’da öngörülen kararlara karşı hukuki yolları olan düzeltme, yorum ve iptal prosedürlerine başvurmak mümkün değildir.⁵¹⁶

F. KARAR

1. Kararın Özellikleri ve Maddi Hataların Düzeltilmesi

Konvansiyon’un 48. ve 49. maddeleri hakem heyetlerinin kararları ile ilgili özellikleri tespit etmiştir.

“Madde 48 (1) Heyet sorunlara üye çoğunluğu ile karar verir. (2) Heyetin kararı yazılı olacak ve oy veren tüm üyelerce imzalanacaktır. (3) Karar, Heyete sunulan her sorunu içerecek ve temel alınan gerekçeleri belirleyecektir. (4) Heyetin herhangi bir üyesi karara kendi fikrini veya muhalefet şerhini, çoğunluğa katılsa da katılmasa da ekleyebilir. (5) Merkez tarafların rızası olmadan kendiliğinden kararı yayınlamayamaz.”⁵¹⁷

Maddenin ilk fıkrasına göre, heyetin üye sayısının yarısından bir fazlasının olumlu oyu ile yani salt çoğunluk karar verilir. 2. fıkradaki imza aşamasının karar verilirken tamamlanması şart olmadığı gibi çoğunluğun yakalanması halinde olumlu oy kullanan üyelerin kararı imzalaması yeterlidir. 3. fıkraya göre, uyuşmazlık konularının tamamı çözülmeli ve karar gerekçeli olmalıdır. Aksi halde kararın iptaline gidilebilir. 4. fıkraya göre, üyelerin bireysel fikirlerini veya muhalefet şerhlerini gerekçeli karara eklemeleri için karara katılıp katılmaması önemli değildir. Buna

⁵¹⁵ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap05.htm>, 22.04.2020.

⁵¹⁶ Yalçın Torun, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 37.

⁵¹⁷ (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 21.04.2020

eklemeli bildiri denilmektedir. 5. fıkraya göre, kararlar tarafların rızası ile yayınlanabilir. Burada yayınlama görevi heyete değil merkeze aittir.⁵¹⁸

Tahkim Kuralları'nın 46 ila 49. maddeleri karar prosedürü ile ilgilidir. 46. maddeye göre; yargılamanın sona ermesinden itibaren 120 gün içinde bireysel görüşleri ve muhalefet şerhlerini de ihtiva eder şekilde karar yazılmalıdır. Kararın yazılamaması halinde, süre 60 gün daha uzatılabilir. 47. maddeye göre; tarafların bilgileri, heyetin Konvansiyon'a uygun olarak nasıl kurulduğu, heyet üyelerinin isimleri, tarafların vekillerinin bilgileri, duruşma yer ve tarihleri, yargılamanın özeti, heyet tarafından tespit edilen hususlar, tarafların iddiaları, uyuşmazlığın tamamına dair gerekçe ve dava masraflarının kime yükletileceği kararda belirtilmelidir. Karar, olumlu oy kullanan her üye tarafından, üyelerin imzaladığı tarih de belirtilerek imzalanır.⁵¹⁹

"Madde 49 (1) Genel Sekreter taraflara kararın tasdik edilmiş örneklerini tebliğ eder. Karar, tebliği tarihinde yürürlüğe girer. (2) Heyet, kararın verilmesini izleyen 45 gün içerisinde taraflardan birinin başvurusu halinde diğer tarafı da haberdar ederek, kararda atladığı bir sorun hakkında karar verebilir ve karardaki, yazım, aritmetik veya benzeri hataları düzeltebilir. Heyetin kararı aslî kararın bir parçası olacak ve asıl karar gibi tebliğ edilecektir. 51 inci maddenin 2 nci paragrafında ve 52 nci maddenin 2 nci paragrafında sağlanan zaman dilimleri kararın verildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır."⁵²⁰

Karar tarihi, kararların taraflara gönderildiği tarihtir. Tahkim Kuralları 48. maddeye göre; son üyenin de imzalamasıyla Genel Sekreter kararın orijinal bir örneğini arşivlenmek üzere merkeze, diğer örneklerini ise taraflara gönderir.

Maddi hataların düzeltilmesi için karar verildikten sonra 45 gün içinde taraflardan birinin başvurusu ve karşı taraf da bilgilendirilerek bu hususa dair bir talebinin olup olmadığının sorulması şarttır. Dikkat edilmesi gereken husus, heyetin maddi hatayı fark etse bile tarafların talebi olmadığı sürece düzeltmeye gidemeyeceğidir.⁵²¹

Tahkim Kuralları'nın 49. maddesine göre; maddi hataların düzeltilmesi talebi yazılı olarak Genel Sekretere yapılmalıdır. Bu yazılı talepte; talep tarihi, talebin

⁵¹⁸ Torun, **A.e.**, s. 29-36.

⁵¹⁹ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partf-chap06.htm>, 23.04.2020

⁵²⁰ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 22.04.2020

⁵²¹ Torun, **A.e.**, s. 50.

hangi kararla ilgili olduğu ve düzeltilmesi istenen maddi hata detaylıca belirtilmelidir. Heyet başkanı, talep hakkında karar vermek için heyetin toplanıp toplanmaması gerektiği hususunu üyelere danışarak belirler. Kararın verilmesinden itibaren 45 gün geçtikten sonra bulunulan talepler, Genel Sekreter tarafından reddedilir. Yani süre denetimi görevi Genel Sekreterdedir.⁵²²

Konvansiyon'un 49. maddesine ve Tahkim Kuralları'nın 49. maddesine göre, ek karar isteme prosedürü ile maddi hata düzeltme prosedürü aynıdır. Ek karar talebi, uyuşmazlığa dahil olan ancak sehven kararda çözümüne ilişkin hüküm bulunmayan hususlara ilişkindir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ek karara gidilebilmesi için heyetin fark etmediği ve sehven karara almadığı uyuşmazlığa ilişkin bir hususun bulunması gerekmektedir. Heyetin kasten karara almadığı uyuşmazlık, kararın iptalini gerektirmektedir.⁵²³

Doktrinde, maddi hataların düzeltilmesi talebi karara karşı hukuki başvuru yollarından sayılmasına karşın, kanaatimce maddi hataların düzeltilmesi ile hukuki başvuru yolları hem Konvansiyon'un lafzı ve ruhu hem de doğurduğu sonuçlar itibariyle aynı nitelikte değildir. İlk olarak, maddi hataların düzeltilmesi maddesi Konvansiyon'un "Karar" başlıklı bölümünde yer almakta olup bilinçli olarak "Kararın Yorumu, Düzeltilmesi ve Geçersiz Kılınması" bölümünde yer almamaktadır. İkinci olarak Konvansiyon'un 49/2. maddesinde belirtildiği üzere; maddi hataların düzeltilmesi ile verilen karar asıl kararın bir parçasıdır. Kararın yorumu, düzeltilmesi ve geçersiz kılınması talebi ile eski kararın uygulanmasının durdurulmasına karar verilebilmesi mümkündür. Ancak maddi hataların düzeltilmesi prosedüründe kararın uygulanmasının durdurulması mümkün değildir. Bu sebeple maddi hataların düzeltilmesi, hukuki başvuru yollarından biri olarak kabul edilemez.

2. Karara Karşı Hukuki Başvuru Yolları

Konvansiyon'un 50., 51. ve 52. maddeleri hakem heyetlerinin kararlarına karşı hukuki başvuru yollarını hüküm altına almıştır. Bu maddelere göre hakem heyetinin kararlarına karşı; yorum, düzeltme ve iptal olmak üzere üç yöntem öngörülmüştür.

⁵²² (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partf-chap06.htm>, 23.04.2020

⁵²³ Torun, A.y.

Tahkim Kuralları'nın 7. bölümünün 50. maddesi, hukuki başvuru yollarına yapılan başvuru talebinde yer alması gereken bilgiler ile hangi koşullarda bu başvuruların reddedileceği hakkında ortak hükümler ihtiva etmektedir. Maddenin ilgili kısımları, her başlık altında ayrıca incelenecektir.

a. Kararın Yorumlanması

"Madde 50 (1) Kararın anlamı veya kapsamı hakkında taraflar arasında bir anlaşmazlık olursa, taraflardan biri Genel Sekretere yazılı başvuruda bulunarak kararın yorumunu isteyebilir. (2) Başvuru, mümkün olursa, Kararı veren Heyete yapılmalıdır. Bu mümkün olmaz ise bu kısmın 2 nci bölümüne göre yeni bir Heyet oluşturulur. Heyet şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, yeni karar aşamasında, eski kararın uygulanmasını durdurabilir."⁵²⁴

Yorumlanmanın talep edilebilmesi için kararın anlaşılır olmaması veya çelişkili hükümler ihtiva etmesi gerekir. Burada, taraflar arasında kararın anlaşılmasında nedeniyle uyuşmazlık doğmalı ve bu uyuşmazlığın somut olayda sonuçları olmalıdır. Yorum talebinin süre sınırı yoktur. Yazılı olarak Genel Sekretere başvurmak yeterlidir. Heyet kendiliğinden kararı yorumlayamaz, taraflardan birinin talebi şarttır. Kararı veren heyet oluşturulamazsa, yeni bir heyet oluşturulur ve yorumlamayı bu heyet yapar. Yorumlama ile heyet sadece kararı açıklamaktadır, hükmün değiştirilmesi mümkün değildir. Heyetin takdirine bağlı olarak kararın yürütmesinin durdurulmasına karar verilebilir.⁵²⁵

Tahkim Kuralları'nın 50/1. maddesine göre; kararın yorumlanması için Genel Sekretere yapılan yazılı başvuruda; başvuru tarihi, ilgili karar ve anlaşmazlığa düşülen yorumlanması istenen husus kesin olarak belirtilmelidir. Talebi alan Genel Sekreter, talebi kaydeder ve karşı tarafa talebi tebliğ eder.⁵²⁶

b. Kararın Düzeltilmesi (Kararın Revizyonu)

"Madde 51 (1) Taraflardan biri Genel Sekretere yazılı başvuruda bulunarak karar verildiğinde Heyetçe ve başvuruda bulunan tarafça bilinmeyen, başvuruda bulunanın ihmali nedeni ile bilmemezlilik etmediği, bilinmesi kararı etkileyecek nitelikte bir gerçeğin ortaya çıkması nedeni ile kararın düzeltilmesini isteyebilir. (2) Başvuru bu

⁵²⁴ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 23.04.2020

⁵²⁵ Torun, A.e., s. 53-54.

⁵²⁶ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap07.htm>, 24.04.2020.

gerçeğin ortaya çıkmasından sonraki 90 gün içinde ve her halükârda kararın verilmesinden sonraki 3 yıl içinde yapılmalıdır. (3) Talep, mümkün olursa, kararı veren Heyete yapılmalıdır. Aksi halde bu bölümün 2 nci kısmına göre yeni bir Heyet oluşturulacaktır. (4) Heyet, şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, yeni karar aşamasında, eski kararın uygulanmasını durdurabilir. Başvuruda bulunan, başvurusunda kararın ertelenmesini talep ederse, Heyet istemi hükme bağlayana kadar karar ihtiyarî olarak ertelenir.”⁵²⁷

Maddeye göre; başvuru esnasında, başvuran tarafından bilinmeyen ve bilinmesi mümkün olmayan bir vakıanın, kararı etkileyecek nitelikte olması nedeniyle kararın düzeltilmesi talep edilebilir. Yargılama esnasında mevcut olan bu vakıanın başvuran tarafından sonradan öğrenilmesi, düzeltme istemini gerektirir. Düzeltme istemi, vakıanın doğmasından itibaren 90 gün içinde veya kararın verilmesinden itibaren en geç 3 yıl içinde Genel Sekretere yazılı olarak yapılmalıdır. Belirtilen süre hak düşürücüdür. Yetkisiz olduğuna karar veren hakem heyetinin kararına karşı da düzeltme yoluna gidilebilir.⁵²⁸

Tahkim Kuralları’nın 50/1. maddesine göre; başvuranın kararın düzeltilmesini gerektiren ve kararı etkileyecek nitelikteki bu vakıayı bilmemesi ihmalinden kaynaklanmamalıdır. Kararın düzeltilmesi için Genel Sekretere yapılan yazılı başvuruda başvuru tarihi, ilgili karar ve kararı değiştirecek yeni vakıa kesin olarak belirtilmelidir. Talebi alan Genel Sekreter, talebi kaydeder ve karşı tarafa talebi tebliğ eder. 50/3. maddesine göre; talebin süresinde yapılıp yapılmadığını denetleme görevi Genel Sekreterdedir. Süresi içinde olmayan talebi doğrudan reddeder.

c. Kararın Yorumlanması ve Düzeltilmesi İle İlgili Ek Kurallar

Tahkim Kuralları’nın 51. maddesinde, kararın yorumlanması ve düzeltilmesi ile ilgili diğer prosedürler tanımlanmıştır. Buna göre; yorumlama veya düzeltilme talebi geldiğinde Genel Sekreter, kararı vermiş heyete bildirim yaparak yeni değerlendirmeye katılıp katılmayacaklarını sorar. Tüm üyeler katılım sağlayacağını bildirirse, taraflara bu durumun bildirildiği an heyet kurulmuş olacaktır. Eğer eski heyet oluşturulamazsa, Genel Sekreter durumu taraflara derhal bildirir ve ilk heyetin oluşturulduğu yöntemle yeni heyet oluşturulur.⁵²⁹

⁵²⁷ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 24.04.2020

⁵²⁸ Torun, **A.e.**, s. 55-56.

⁵²⁹ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap07.htm>, 24.04.2020.

d. Kararın Geçersiz Kılınması (Kararın İptali)

“Madde 52 (1) Taraflardan biri aşağıdaki hallerden birini veya bazılarını öne sürerek, Genel Sekreterliğe yazılı başvuru ile kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir.

- a) Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı,
- b) Heyetin yetkisini aştığı,
- c) Heyet üyelerinden birinin rüşvet aldığı,
- d) Mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu,
- e) Kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği.

(2) Başvuru, rüşvet hali dışındaki bu durumda rüşvetin ortaya çıkmasından sonraki 120 gün içinde - kararı izleyen 120 gün içinde ve her halükârda kararı izleyen 3 yıl içinde yapılmalıdır. (3) İstem ulaştığında, Başkan, Hakem Panelinden 3 kişiyi ad hoc Komiteye atar. Bu komite üyelerinden hiçbirisi kararı veren heyetin üyesi, bu Heyet üyelerinden hiç birisi ile aynı ülke vatandaşı, anlaşmazlığa taraf olan ülke vatandaşı veya vatandaşı anlaşmazlığa taraf olan ülkenin vatandaşı, Âkit Ülkelerden biri tarafından Hakem Paneline atanmış veya aynı anlaşmazlığa arabulucu olarak görev yapmış olamazlar. Komite, paragraf 3'de değinilen durumlar çerçevesinde kararın tümünü veya bir parçasını geçersiz kılmaya yetkilidir. 4) Madde 41, 45, 48, 49, 53 ve 54 ile VI ve VII nci kısımlar Komite önündeki Mahkemede de «icabi halinde» uygulanır. (5) Komite, şartların öyle gerektirdiğini düşünerek, eski kararın yürürlüğünü yeni karar çıkana kadar erteleyebilir. Başvuruda bulunan, başvurusunda kararın yürütülmesinin durdurulmasını isterse, yürütme Komite talebi karara bağlayana kadar ertelenir. 6) Karar geçersiz sayılırsa, anlaşmazlık taraflardan birinin istemi halinde, bu kısmın 2 nci bölümüne göre oluşturulacak yeni bir Heyete sunulur.»⁵³⁰

İptal, kararın hukuka aykırılığı iddiasıyla başvurulmuş hukuki bir yoldur. Genel Sekreter'e yapılacak yazılı başvuruda, ancak sınırlı sebeplerden birine veya birkaçına dayanarak ve hak düşürücü sürelerle riayet edilerek kararın iptali talep edilebilir. İptal talebinde, hangi iptal sebebine dayanıldığı açıkça belirtilmelidir. Dikkat edilmesi gereken husus, rüşvet sebebine dayanan iptal taleplerinin daha uzun hak düşürücü süreye tabi olduğudur. Kararın iptalini incelemek üzere ad hoc komite görevlendirilir. Bu komite, iptali istenen kararı veren heyetten olmayan üç kişiden ibarettir.⁵³¹ İptal talebinin görüşülmesi için oluşturulan heyet, merkez tarafından görevlendirilir. Burada taraf iradesi söz konusu değildir.⁵³²

Kararın iptali talebinin neticesinde ad hoc komite, verilen önceki karara aynen uyabilir veya eski kararın geçersiz olduğuna hükmedebilir. Ad hoc komite sadece kararın geçersizliğini ilan edebilir, kararın düzeltilmesi veya yeni karar

⁵³⁰ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 27.04.2020

⁵³¹ Figanmeşe, A.e., s. 114.

⁵³² Exelbert, A.e.

verilmesi mümkün değildir. Kararın iptali tamamen veya kısmen olabilir. Kararın iptali üzerine; uyuşmazlık yeni bir hakem heyetine gönderilir ve bu heyet, ad hoc komitenin gerekçelerine bağlı olmaksızın uyuşmazlığı inceler. Bu yeni heyetin vereceği kararın da iptali talep edilebilir. İptal talebinde bulunduktan sonra, iptal için gerekli süreler dolmadan iptal talebinden vazgeçilebilir.⁵³³

Tahkim Kuralları'nın 50. maddesine göre kararın iptali için Genel Sekretere yapılan yazılı başvuruda; başvuru tarihi, ilgili karar ve kararın iptali için sınırlı sayıdaki sebeplerden hangisine dayanıldığı belirtilmelidir. Talebi alan Genel Sekreterin iki görevi vardır. İlki talebin sınırlı iptal sebeplerine dayanıp dayanmadığının kontrolüdür. İkinci görevi ise iptal başvurusunun süresinde yapıp yapılmadığıdır. Talepte bu iki hususa riayet edilmediyse Genel Sekreter talebin kaydını yapmayı reddeder ve taraflara bildirir. Tahkim Kuralları'nın 52. maddesine göre; Genel Sekreter iptal talebini kaydederse derhal İdari Konsey Başkanından ad hoc heyet atamasını talep eder. Genel Sekreterin tüm üyelerin atamalarını kabul ettiğini taraflara bildirdiği tarihte ad hoc heyet oluşturulmuş sayılır.⁵³⁴

İptal sebeplerinden heyetin uygun oluşturulmaması; hakemlerin uyruğunun veya hakemlerin taşınması gereken niteliklerin Konvansiyon'a aykırı olmasından kaynaklanabilir. Heyetin yetkisini aşması sorunu; heyetin taraflarca belirlenen yetkisinin aşılması veya heyetin uygulanacak hukuku uygulamamasından doğabilir. İptal sebeplerinden yetki aşımı, hakem heyetinin üzerindeki bir disiplin kontrolü olarak kabul edilmelidir.⁵³⁵ Hakemin rüşvet alması; taraflardan biri ile yakın ilişkisinin olması ve heyet kurulduktan sonra bu ilişkiye dayanarak menfaat elde etmesi olarak kabul edilmektedir. Temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu iddiasıyla kararın iptal edilebilmesi için temel bir kuralın varlığı ve bu kuraldan ciddi bir sapma şart olup iki hususun ispatı gereklidir. Temel kural, tahkim yargılamasının bütününe etkileyecek nitelikte olmalıdır. Ciddi bir sapmadan kasıt, bu sapma olmasaydı heyetin oldukça farklı bir karar vereceği ve bu sapma nedeniyle istemde bulunan tarafın etkilenmiş olmasıdır.⁵³⁶ Gerekçelerin kararda olmaması nedeniyle iptal talebinde bulunabilmek için gerekçenin hiç olmaması veya kimi hususlarda

⁵³³ Torun, **A.e.**, s. 71-82.

⁵³⁴ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap07.htm>, 26.04.2020.

⁵³⁵ Katia Yannaca-Small, "Annulment of ICSID Awards: Limited Scope But is There Potential?", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 610.

⁵³⁶ Güvenalp, **A.e.**, s. 168-169.

gerekçeye yer verilmemesi veya gerekçeler arasında çelişkilerin bulunması gerekmektedir.⁵³⁷

İptal mekanizması, temyiz usulünden farklıdır. Zira iptal prosedürünün işletilmesiyle, karar iptal edilir veya iptal talebi reddedilir. Kararın iptal edilmesi ile tarafların yeniden iptal prosedürüne başvurabilmesi mümkün olduğundan, kesin hüküm kurulması iptal prosedürü ile mümkün değildir.⁵³⁸

Türk hukuk sistemi ele alındığında, istinaf ve temyiz olmak üzere iki farklı karara karşı başvuru yolu mevcuttur. İptal mekanizması, üst denetim mekanizmalarından istinaf prosedürü ile ciddi farklılık göstermektedir. İstinaf talebi halinde, mahkeme tarafından kararın değiştirilerek yeni karar verilmesi mümkündür. Kimi kararlar için istinaf yolu kapalıdır veya kimi istinaf kararlarının bir üst denetim olan temyizden geçmesi mümkün değildir. Temyiz mekanizmasında, kararı düzelterek onama seçeneği olduğu için iptal mekanizması ile farklılık göstermektedir.

Hukuki başvuru yolları ile kurulan ad hoc komite, aynı yöntemle kurulmuş başka bir hakem heyeti olup önceki hakem heyetiyle hiçbir ilişkisi yoktur. ICSID tahkiminin diğer tahkim mekanizmalarından farkı, kendi içinde karara karşı hukuki başvuru yolları öngörmüş olmasıdır. ICSID tahkimi kendi içinde bir denetim mekanizması sağlayarak ICSID tahkimi ile verilen kararlar üzerinde ulusal ve uluslararası tüm yargı mercilerinin denetimini dışlar.⁵³⁹

e. Kararın Uygulanmasının Durdurulması (Kararın İcra Edilememesi)

Konvansiyonu'un 50 ila 52. maddelerine göre karara karşı hukuki başvuru yollarına başvurulması halinde, hakem heyeti başvuru incelenip karara bağlanana kadar eski kararın uygulanmasının durdurulmasına karar verebilir.

Tahkim Kurallarının 54. maddesi ile kararın uygulanmasının durdurulmasının koşulları tespit edilmiştir. Buna göre; kararın yorumlanması veya düzeltilmesi veya iptali için başvuruda bulunan taraflardan biri veya bu başvuru hakkında verilecek nihai karardan önce taraflardan her biri, kararın tamamının veya bir kısmının uygulanmasının durdurulmasını talep edebilir. Bu talep, heyet tarafından öncelikle

⁵³⁷ Torun, **A.e.**, s. 126-129.

⁵³⁸ Exelbert, **A.e.**

⁵³⁹ W. Michael Reisman, "The Breakdown of The Control Mechanism in ICSID Arbitration", **Duke Law Journal**, Vol: 739, 1989, pp. 739-807, (Çevrimiçi) <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3082&context=dlj>, 05.05.2020.

incelenecektir. Hakem heyeti durdurma kararı verirse Genel Sekreter her iki tarafa kararın uygulanmasının geçici olarak durdurulduğunu bildirecektir. Hakem heyetinin oluşturulmasıyla ve taraflardan birinin talebi üzerine heyet, 30 gün içinde geçici durdurmanın devam edip etmeyeceğine karar verecektir. Geçici durdurmanın devam edeceği yönünde bir karar yoksa durdurma kendiliğinden ortadan kalkar. Durdurma kararı ile ilgili değişiklikler sadece bu koşullarla sınırlı değildir. Heyet karar verene kadar taraflardan birinin talebi ile durdurma kararını yeniden görüşülebilir ve görüşme neticesinde kararın süresinde değişikliğe gidilebilir veya kararı tamamen kaldırılabilir. Heyet karar verdikten sonra, durdurma kararı kendiliğinden kalkacaktır. Ancak heyet kısmen iptal yönünde karar verirse, kararın iptal edilmeyen kısmının uygulanmasının geçici olarak durdurulmasına hakkaniyet gereği re'sen karar verebilir. Durdurma ile ilgili tüm kararlar Genel Sekreter tarafından taraflara derhal bildirilir ve bu bildirimin taraflara ulaşması ile durdurma kararı geçerli olacaktır.⁵⁴⁰

Taraflardan birinin iptal talebiyle beraber kararın yürütmesinin durdurulmasını da istemesi halinde, iptale bakan ad hoc komite tarafından yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.⁵⁴¹

f. Karara Karşı Hukuki Başvuru Yollarının Benzerlikleri ve Farklılıkları

Bu benzerlik ve farklılıklardan ilk ikisi literatür taraması ile ortaya çıkmıştır. Diğer dört tanesi kendi kanaatlerimdir.

- Bu yollara başvurmak için tarafların yazılı talebi şarttır. Hakem heyetleri re'sen bu yolları dikkat alarak kararda bir değişikliğe gidemez.

- Başvuru yollarından sadece biri talep edilebileceği gibi birden fazla yola da başvurmak mümkün olup her bir başvuru yolu için ayrıca talepte bulunmak gerekmektedir.⁵⁴²

- Yorumlama talebi, süreye bağlı değildir. Diğer iki başvuru yolu hak düşürücü süreye tabi olup sürelerle uyulup uyulmadığının denetimi Genel Sekreter'in görevidir.

- Yorumlama, düzeltme ve iptal taleplerinin üzerine, hakem heyetleri kararın yürütülmesinin durdurulmasına karar verebilir.

⁵⁴⁰ (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap07.htm>, 14.08.2020

⁵⁴¹ Figanmeşe, A.e., s. 98.

⁵⁴² Torun, A.e., s. 59.

-Tüm hukuki başvuru yollarının yazılı talebinde; başvuru tarihi, ilgili karar ve ne talep edildiği açıkça yazılmalıdır.

- İptal talebinin olması halinde, Genel Sekretere hak düşürücü süre denetiminin yanı sıra talebin sınırlı iptal sebeplerinden birine dayanıp dayanmadığının denetimi görevi de verilmiştir.

3. Kararın Bağlayıcılığı

“Madde 53 (1) Karar tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır. Taraflar, bu sözleşme hükümlerine göre kararın yürütülmesi durdurulmadıkça karara uyacaklar ve hükümlerini yerine getireceklerdir. (2) Bu bölümün amacı uyarınca «karar» 50, 51 ve 52 nci maddeler çerçevesinde verilmiş kararları yorumlayacak, düzeltecek ve geçersiz kılacak kararlar da içerecektir.”⁵⁴³

53. maddeye göre, karar tarafları bağlar ve taraflar arasında uygulanmalıdır. Üçüncü kişileri bağlayıcı niteliği yoktur. Verilen kararın ICSID prosedürleri dışında başkaca denetime tabi tutulması mümkün değildir. Hukuki başvuru yolları sonucunda verilen kararlar da tarafları bağlayan ve taraflar arasında uygulanması gereken karar niteliğindedir. 53. madde, Konvansiyon’un 26. maddesi ile de ilgili olup merkezin tahkimine başvuran tarafların uyuşmazlığı başka yargı mercii önüne götürmeyeceklerini ve merkezin kararlarının bağlayıcılığını kabul etmeleri anlamına gelmektedir.⁵⁴⁴

53. maddenin ihlali halinde, kararın uygulanmasını isteyen tarafın başvurabileceği iki hüküm vardır. Bunlardan ilki Konvansiyon’un 27. maddesi olup bu madde ile kararın uygulanmasını isteyen tarafa, diplomatik koruma hakkı tanınmıştır. İkincisi Konvansiyon’un 64. maddesi olup kararı uygulamayan tarafın Uluslararası Adalet Divanı’nda yargılanmasıdır.⁵⁴⁵

Doktrinde 53. maddeye göre, hakem heyetinin verdiği kararın sadece uyuşmazlığın tarafları tarafından değil, Konvansiyon’a üye tüm devletler tarafından

⁵⁴³ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 14.08.2020.

⁵⁴⁴ Zenginkuzucu, **Uluslararası Ticaret Ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm Kurumlar Kurallar Süreçler**, s. 132.

⁵⁴⁵ August Reinisch, “Enforcement of Investment Awards”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, s. 690-691.

uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Konvansiyon'a üye her devlet hakem kararlarını uygulamakla ve tanımakla görevlidir.⁵⁴⁶

4. Kararın Tanınması (Kararın Tenfizi) ve Kararın Uygulanması

"Madde 54 (1) Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir. Federal Anayasalı bir âkit ülke bu kararı Federal mahkemelerde yürütecek ve bu mahkemelerin karara Federe Devletin mahkemelerinin nihai bir kararı gibi yaklaşmalarını sağlayacaktır. (2) Bir âkit ülkenin sınırları içerisinde bu kararın tanınmasını ve yürütülmesini isteyen taraf, âkit devletin bu amaçla atayacağı uygun bir mahkeme veya otoriteyi Genel Sekreterce onaylanmış kararın bir örneği ile donatacaktır. Her âkit devlet bu amaçla atayacağı uygun bir mahkemeyi veya diğer otoriteyi ve daha sonra bu atamada yapılacak değişikliği Genel Sekretere bildirecektir. (3) Kararın uygulanması, bu uygulamanın sınırları içinde âkit devletin kararların uygulanmasına ilişkin yapacağı kanunları gereğince yapılacaktır.

Madde 55 54 üncü maddedeki hiçbir şey, âkit devletin veya herhangi bir yabancı devletin uygulamadan imtina edebileceği şekilde, âkit devletin yürürlükteki kanunlarına bir «deregasyon» (aykırılık) olarak yorumlanamaz."⁵⁴⁷

54. maddeye göre; Genel Sekreter tarafından onaylanmış kararın bir nüshası, ulusal mahkemeye sunulur ve ulusal mahkeme esas ile ilgili bir işlem yapmaksızın usulî bir incelemeyle kararın geçerliliğini teyit eder.⁵⁴⁸ 54. madde ile ICSID tahkiminin diğer tahkim mekanizmalarından farkı ortaya konulmuştur. Üçüncü fıkrada kararı uygulayan devletin ulusal hukukuna yapılan atıf tenfiz yapılması ile ilgili olmayıp icra prosedürünün kararın uygulanması için sunulan devletin hukukuna göre yapılmasını öngörmektedir.⁵⁴⁹ Konvansiyon'un 54. maddesi ile devletler, merkezden çıkan kararların ulusal mahkemelerinin kararları niteliğinde ve gücünde olduğunu kabul etmiştir. Bu maddeyle ilgili olarak 25. madde ile de merkezin hakemliğine başvurulduğunda merkezin yargılamasından tek taraflı olarak vazgeçemeyeceklerini kabul etmişlerdir. Neticede ICSID'in özellikli durumunu sağlayan bu iki maddenin gücüdür.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ Şanlı, A.e., s. 591.

⁵⁴⁷ (Çevrimiçi)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 14.08.2020.

⁵⁴⁸ Zenginkuzucu, A.e., s. 132.

⁵⁴⁹ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 66.

⁵⁵⁰ Şanlı, A.y.

Başka bir mercii tarafından üst denetim mekanizmasını 53. madde ile engelleyen Konvansiyon, bu madde ile de ulusal mahkemelere gidilmesini engelleyerek merkez tarafından verilen kararların başka yargı merciileri tarafından iptalini engeller. Zira karar, herhangi bir ulusal yargı merciinin verdiği kararlarla aynı nitelikte olup icra edilebilirlik bakımından aynı kabiliyettedir. Bu sebeple ayrıca tenfiz prosedürünün uygulanması gerekmemektedir. Tenfiz prosedürü için başvurulmuş New York Sözleşmesi sınırlı şartlarla da olsa ulusal mahkemeler aracılığıyla kararların iptaline olanak tanısa da merkezin kararlarının New York Sözleşmesi'nin öngördüğü tenfiz prosedüründen muaf olması merkezin kararlarının ulusal yargının önüne gitmesini bir kez daha engeller niteliktedir.⁵⁵¹ ICSID kararları, kamu yararı ileri sürülerek dahi ulusal yargının denetimine tabi tutulamaz. Dikkat edilmesi gereken husus, Ek Tesis Kuralları ile verilen kararlar Konvansiyon hükümleri ile verilen kararlarla aynı mahiyette değildir. Ek Tesis Kuralları ile çözülen uyuşmazlıklara ilişkin kararlar, New York Sözleşmesi'ne göre ulusal yargı mercileri tarafından tenfiz edilecektir.⁵⁵²

54. madde ile devletler, kararda verilen parasal yükümlülükleri de yerine getirmekle mükelleftir. 55. maddeye göre, Konvansiyon'a üye hiçbir devlet verilen kararların ulusal hukukuyla çeliştiğinden bahisle kararı icra etmekten kaçınamaz.⁵⁵³

⁵⁵¹ Pahis, **A.e.**

⁵⁵² Reinisch, **A.e.**, s. 689.

⁵⁵³ Saraç, **A.e.**

SONUÇ

Yatırım hukukunun bütüncül olarak değerlendirilmesi, hukuk kurallarının rastlantısal bir biçimde oluşmadığını, aksine çeşitli ekonomik ve siyasi ilişkilerin neticesinde yaşananlara ve bu yaşananların sonucunda ortaya çıkan gerilimlere bir karşılık olarak oluşturulduğunu göstermektedir. Hukuk kurallarının düzenleme işlevinin yanı sıra yaptırım işlevine de haiz olması, zorlama gücünü de beraberinde getirmekte ve onun bir baskı unsuru olarak kullanılmasını sağlamaktadır. Yatırım hukukunun tarihsel gelişimi, bu alanın kurallarının nasıl oluşturulduğunu anlamak açısından oldukça önemlidir ve bu tarihsel gelişim izlendiğinde, yaşanan gerilimler ve kırılma noktaları daha iyi anlaşılmakta, bu sayede kuralların hangi koşullar altında oluşturulduğu görülebilmektedir. Bu sebeple yatırım hukukunun tarihi, ekonomik eşitsizliklerden doğan uluslararası yatırımların siyasi görünümünün bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda ifade edilen bu ilişkiyi, çalışmanın sonuçları itibariyle biraz daha açmak gerekirse şunları söyleyebiliriz: Yatırım hukukunun tarihi, dönemlere göre farklı nitelendiriliyor olsa da temel olarak sermaye ithal eden ve sermaye ihraç eden devletler arasındaki gerilim tarafından şekillenmektedir ve kanaatimce bu gerilim, gelişmişlik düzeyi veya sömürge ilişkisi ile tanımlanmamalıdır. Şöyle ki, eskiden “sömürge”, sonradan “az gelişmiş” veya “gelişmekte olan” şeklinde tanımlanan bir devlet, ekonomik anlamda kendisinden daha alt seviyedeki bir devlete yatırım yapması halinde sermaye ithal eden bir devlet konumuna gelmekte ve söz konusu devlet, sermaye ithal eder hale geldikten sonra eşitsiz ilişkinin diğer tarafına geçmiş olmaktadır. Netice itibariyle, günümüzde birçok örneği de bulunan bu durum göstermektedir ki, aktörleri değişse bile eşitsiz ilişki tekrar tekrar üretilmekte ve dahası uluslararası toplum nezdinde de kabul görmektedir. Bu eşitsiz ilişkiyi sürdüren ise; kuralları, kurumları ve yargılama mercileri ile yatırım hukukudur; bu ilişki değişmediği sürece de bu hukuk dalı “üstünlerin hukuku” olarak kalmaya devam edecek gibi görünmektedir.

Özetlemek gerekirse, yatırım hukuku, eşitsiz ilişkinin yarattığı gerilimden beslenmekte, ona bağlı olarak değişmekte ve buna mukabil bu hukuk alanının kendine has kuralları da söz konusu eşitsiz ilişkiyi hem bizzat üretilen hem de onun devamını sağlamaktadır. Tarihsel perspektif göz ardı edilmeksizin yatırım hukukunun aktörleri, kaynakları, yatırımcıyı koruyan ilkeleri ve özellikle depolitizasyon ve hukukun üstünlüğü fikri, eşitsiz ilişkinin neden-sonuç ilişkisi içinde

yaşadığı değişimi yansıtmaktadır. Bu sebeple, yatırım hukukunun kaynakları, yargılamaya ilişkin kuralları ve yargılama merciine bakıldığında, bizatihi ICSID'in kendisi ile sermaye ithal ve ihraç eden devletler arasındaki gerilimi görmek mümkün olacaktır.

Aktörler açısından bir değerlendirilmeye gidildiğinde; başat aktör devlet olmakla beraber, aktör kabul edilen gerçek kişilerin de yatırım tahkimi aracılığıyla uluslararası hukuka ulaşmasının da yolu açıktır. Yatırım hukuku aktörlerinden devletin gücünün özellikle ICSID tahkiminde ön plana çıkmakta olduğu görülür. Diğer aktörler, uyuşunda bulundukları devletin Konvansiyon'a üye olmaması halinde ICSID tahkiminin sağladığı korumadan yararlanamamaktadırlar. Ek Tesis Kuralları ile yapılan tahkim yargılaması ise, merkezin kararları ile aynı güçte değildir. ICSID'in kuruluş amacı, devletlerin arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını Konvansiyon hükümleri vasıtasıyla uluslararasılaştırarak çözmektir. Buna göre, 25. madde uyarınca rızanın verildikten sonra geri alınamaması ve 42. madde uyarınca uluslararası hukuk kurallarının uyuşmazlığa uygulanmasının kabulü uyuşmazlığı uluslararasılaştırmaktadır.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere yatırım hukukunun tek aktörü devletler değildir; diğer aktörler de kuşkusuz bu eşitsiz ilişkinin tarafı olup onun yeniden üretimine katkı sağlamaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, devletlere düşen roldür. Şöyle ki, devletler, rızaen veya zorla bu eşitsiz ilişkiye katılmakta, dolayısıyla bu ilişkiyi sürdürmekte asli sorumludur. Küreselleşmenin getirdiği bir sonuç olarak herhangi bir devlete bağlı olmayan bir şekilde ortaya çıkan çokuluslu şirketlerin kârlarından pay alanların da en nihayetinde devletlerin olması düşündürücüdür. Bir aktör olarak bireyin yatırım hukukunda yer alması ise uluslararası hukukta rastlanmayan bir durumdur. Bu durum sermaye ithal edenlerin, ihraç edenlere karşı bir baskı unsuru olarak bireyi öne çıkardığının kabulünü gerektirmektedir.

Yatırım tahkiminde ICSID'in özellikli durumu; tüm bu ilişkide sermaye ihraç edenleri gözetmeyi amaçlayarak inşa edilmiş olan, konusu sadece yatırımlarla sınırlı olan ilk ve en güçlü tahkim mekanizması olmasından ileri gelmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, ICSID tahkimi; yapısı, kuralları, işleyişi ve kararları ile özerk ve ulusal mahkemelerin her türlü denetiminden bağışık olarak kurulmuştur. ICSID'in hem kendine has bu özellikleri hem de tarihsel süreçte hangi aşamada kurulduğu bizatihi varlığının sermaye ithal eden devletlerin taleplerine bir karşılık olduğunu

göstermektedir. ICSID'in kuruluş dönemi sermaye ithal eden devletlerin, yatırım hukuku doktrinini şekillendirme çabalarının arttığı bir döneme denk gelmektedir. Buna cevaben inşasının sürekliliğini ise değişen kurallarda görmek mümkündür. Bu kurallardan özellikle şeffaflığı ve katılımı sağlamaya yönelik olanlar dikkate değerdir zira taraflar arasındaki gerilim noktası zamanla bu alanlara kaymıştır. Küreselleşme ile ulus devletlerin çökmesi beklenirken bu gerçekleşmemiş, 2008 ekonomik krizi ile sosyal devlet olgusu yeniden gündeme gelmiş, bu durum da, devletlerin aktör olarak kalmalarına ve kimi alanlarda etkilerinin daha fazla hissedilmesine neden olmuştur. Özellikle uluslararası toplum nezdinde; kamu yararı ile yakından ilgili sağlık, çevre ve insan haklarına saygı duyulması ve bu hakların korumaya alınması talepleri artmıştır. Bu açıdan bakıldığında, kamu yararını ilgilendiren uyuşmazlıkların kamuya açık olmayan bir mercide çözülmesinin, bir başka gerilim olarak sermaye ithal ve ihraç edenler arasında ortaya çıktığına şahit olunmuştur. ICSID'in inşasının sürekliliği, tamamen taraf iradesine dayalı sınırlı katılımın ve şeffaflığın önünü açmıştır. Öte yandan ICSID'in karşı cevap olarak hakimiyet alanını genişletme çabası ise Ek Tesis Kuralları'nda saklıdır. Ek Tesis Kuralları ile Konvansiyon'a üye olmayan tarafların da merkeze başvurusuna olanak verilmesi suretiyle daha fazla aktörün yatırım hukuku alanına dahil edilmesi sağlanmıştır.

Şu halde, yatırım hukukunda taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen metinlerde uluslararasılaştırılmaya gidilmesi ile diğer aktörler de yatırım hukukuna dahil edilmiştir. Aktörlerin yatırım hukukuna dahil edilme şekli, bunun, sermaye ithal eden devletler üzerinde baskı sağlama amacıyla yapıldığına işaret etmektedir. Zira öncelikle iki tarafı bağlayan yatırım sözleşmeleri, tahkim hükmü içeren imtiyaz sözleşmelerine çevrilmiş, daha sonra yatırım anlaşmalarına şemsiye hükümler eklenmiştir. Bir sonraki aşama ise anlaşmaya taraf olmamasına rağmen yatırımcının yatırım antlaşmasına dayanarak merkeze başvurulabilmesidir. Yeni aktörlerin yatırım hukukuna dahil edilmesi, sermaye ithal edenlerin uyuşmazlık yaşayabileceği taraf sayısının artmasına sebep olmuştur.

Kaynaklar açısından bir değerlendirilmeye gidildiğinde; yatırım hukukunun kaynaklarının, uluslararası hukukun kaynakları ile farklılık gösterdiği görülmektedir. Yatırım hukuku, uluslararası hukukla aynı kaynakları dayanak almasına karşın, kaynaklara farklı nitelendirilme yapılmakta ve yardımcı kaynaklar asli kaynak muamelesi görmektedir ve yalnızca taraflar arası ilişkiyi düzenleyen ve bağlayıcılığı olmayan esnek hukuk kuralları yorumlamada kullanılmaktadır. Kaynaklarda gidilen

bu farklılık, eşitsiz ilişkinin üretimine katkı sağlamaktadır. Zira eşitsiz ilişki, hakem heyetleri tarafından kaynakların farklı yorumlanması ile üretilmektedir. Kaynaklardan yatırım anlaşmaları ile yatırım sözleşmeleri ayrı bir öneme sahiptir. İki tarafı bağlayan ve uluslararası hukuk özelliğine sahip olmayan hukuki metinlerin uluslararasılaştırılması yoluyla tarafı olunmayan anlaşmaya dayanarak tahkime başvurulması, bu iki kaynağın esas niteliklerinden ne denli farklı kullanıldığını göstermektedir. Ayrıca ikili yatırım anlaşmalarının da bir başka baskı unsuru teşkil ettiği söylenebilir, zira, uluslararası yatırım olmaksızın gelişemeyen devletlerin, yatırım çekebilmek için yapacağı tek şey yatırım anlaşması imzalamaktır.

Kaynaklarla ilgili bir diğer durum, hakem heyetlerinin verdikleri kararlarla norm üretmesidir. Kural olarak norm üreticinin devletler olduğu kabul edilmekle birlikte yatırım hukukunda, kaynakların farklı yorumlanması neticesinde hakem heyetlerinin ve doktrinin de norm üreticisi haline geldiği görülmektedir.

Yatırımcıyı koruyan ilkeler açısından bir değerlendirmeye gidildiğinde ise; bu ilkeler yatırım hukukunun tarihsel gelişimi içinde yatırımcının elde ettiği kazanımlardır. Yatırım hukukunun başlangıcında, yabancı yatırımcının sahip olduğu tek hak mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkının, yerini yatırımcıyı koruyan ilkelere bırakması, yatırımcının diplomatik korumadan yararlanamaması ve uyuşmazlık halinde olası bir askeri müdahalenin bertarafı ile de eşdeğer tutulmaktadır. Yatırımcıyı koruyan ilkeler sayesinde, yatırımcıyı askeri veya diplomatik diğer yollarla korumanın artık gerekli olmadığı ifade edilmektedir. Mülkiyet hakkının yerini koruma ilkelerinin alması günümüzde dahi devam eden bir gerilimin doğmasına yol açmıştır; yatırım tahkiminde sermaye ithal eden devletler aleyhine kararlar çıkmasının sebebinin bu ilkeler olduğu savunulmaktadır. Yatırım anlaşmalarının ve sözleşmelerinin vazgeçilmezi olan bu ilkeler, sermaye ithal eden devlet tarafından rızaen veya zorla kabul edilmektedir. Yatırım anlaşmalarına ve sözleşmelerine dahil edilen yatırımcıyı koruyan ilkeler, esasında eşitsiz ilişkinin hüküm altına alınmasıdır.

Askeri ve diplomatik yolların tamamen terk edildiğinin ileri sürülmesinin ilk aşaması yatırımcıyı koruyan ilkelerin geliştirilmesi olup ikinci aşaması ICSID'in kuruluşuyla gelişen depolitizasyon söylemidir. Depolitizasyon söylemi, bu söylemden gelişen hukukun üstünlüğü kavramıyla birlikte uluslararası yatırım hukukunun ideolojisini yansıtmaktadır. Uluslararası yatırımlardan siyasetin arındırılması çabası; yatırımcıyı koruyan ilkeler, ICSID'in kuruluşu ve ikili yatırım anlaşmalarının yaygınlaşması, son olarak da hukukun üstünlüğü fikrinin uluslararası

toplum nezdinde kabulü ile sağlanmaktadır. Hukukun üstünlüğünün iki amacının olduğu belirtilmelidir. İlk amaç; sermaye ithal eden devletlerin ulusal hukuklarının yetersiz olması nedeniyle yapılan yatırım anlaşmaları ve sözleşmeleri ile tahkim yargılaması sayesinde ulusal hukuklarını bu kurallarla uyumlu hale getirilmesidir. İkinci amaç ise, hukukun üstünlüğünden bahisle uluslararası yatırım hukukunun kurallarının tüm kurallardan üstün olduğunun kabulünü sağlamaktır. Ancak depolitizasyon söylemi, siyasetten arındırılmayı mümkün kılamaz. Zira taraflar arasındaki eşitsiz ilişki, siyasetin konudan dışlanmasına izin vermemektedir. Hukukun üstünlüğü ise çoğu sermaye ithal eden devlet tarafından, sermaye ihraç edenlerin menfaatini koruyan kurallar bütünü olarak görüldüğü sürece üstünlerin hukuku olarak kabul edilecektir.

Netice itibariyle uluslararası yatırımlara bütüncül bir yaklaşım hukuk kurallarının hangi koşullar altında ve hangi ilişkiler neticesinde oluştuğunu anlamamızı sağlamaktadır. Ekonomik temelli eşitsiz bir ilişkiden doğan yatırım hukuku kurallarının, bu ilişkiye yöneltilen itirazlarla ve bu itirazlara verilen karşılıklarla siyasi bir anlama sahip olduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Açıkalın, Mehmet Can : “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20)”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.10, S. 1, 2011, s. 23-63, (Çevrimiçi) <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2011-1-hukuk-fakultesi.pdf>, 05.05.2020.
- Akıncı, Ziya : “Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**, İstanbul, Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2009, s. 277-287.
- Akıncı, Ziya : **Milletlerarası Tahkim**, 5.bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Akkutay, Ali İbrahim : “Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesinin 27. Maddesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 107, 2013, s. 297-320, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1297>, 20.06.2020.
- Albayrak, Gökhan : **Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Altıntaş, M. Ayhan : “Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar Ve Tahkim Kurulları”, **Hazine Dergisi**, S. 10, 1998, s. 1-40.
- Alvarez, Gloria Maria : “The ICSID Procedure: Mind the Gap”, **Revista E-mercatoria**, Vol. 10, No. 2, 2011, (Çevrimiçi)

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1987236, 17.05.2020

Arcas, Rafael Leal : “The Multilateralization of International Investment Law”, **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Vol. XXXV, Number 1, Fall 2009, pp. 35-105, (Çevrimiçi)

<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://scholar.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1896&context=ncilj>, 11.05.2019.

Aydoğmuş, Yasemin : “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkkanı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 29, S.0, 2009, s. 21-84, (Çevrimiçi)

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99312>, 10.05.2019.

Avşar, Melis : “ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 37, S.2, 2017, s. 95-140.

Baklacı, Pınar : “Uluslararası Yatırımlarda ‘Dolaylı Kamulaştırma’ Ve Düzenleyici Yetkiler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S.1-2, 2008, s. 1-26.

Brekoulakis Stavros, Catherine A. Rogers. : “Third-Party Funding In Investment Arbitration”, **Handbook of International Investment Law and Policy**, Ed. By Julien Chaisse, Sufian Jusoh, Leïla Choukroune, Singapore, Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2019, (Çevrimiçi)

https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-981-13-5744-2_75-1, 26.09.2020.

Burgstaller, Markus: “Sovereign Wealth Funds and International Investment Law”, **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. by: Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 163- 186.

Ceviz, Resul : **Uluslararası Menkul Kıymet Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.

Chaisse, Julien, Dini Sejko : “Investor-State Arbitration Distorted: When the Claimant Is a State”, **Judging the State in International Trade and Investment Law Sovereignty Modern, the Law and the Economics (International Law and the Global South)**, Ed. by : Leïla Choukroune, Singapore, Springer, 2016, pp. 77- 103, (Çevrimiçi)
https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-981-10-2360-6_5, 20.05.2019

Çal, Sedat : “Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.57, S.4, 2008, s.135-190, (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/626728>
07.05.2019.

Çalışkan, Yusuf : “Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Cevdet Yavuz'a Armağan**, C.22, S.3, 2016, s. 645 – 658, (Çevrimiçi),
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333874>,
11.05.2019.

Çalışkan, Zeynep : “Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili Ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 29, S. 0, 2009, s.

Çelikel, Ayşe Danışoğlu : “Gelişmekte Olan Piyasalarda Sermaye Kontrolleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 231 – 247.

Çetin , Muhammet Şükrü : **Uluslararası Sermaye Hareketlerinin Gelişmekte Olan Ükelere Olası Etkileri: Türkiye Örneği**, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Demirkol, Berk : “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde ‘Etkin Vatandaşlık’ Sorunsalı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2015, s. 159-194, (Çevrimiçi) <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2016/5/gsu-hfd-2015-2-192.pdf>, 08.04.2020.

Dost, Süleyman : **Uluslararası Nitelikli Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim (ICSID Tahkimi Yoluyla Çözümü) ve Türkiye**, Doktora Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.

Dumbery, Patrick : “The Emergence of the Concept of ‘General Principle of International Law’ in Investment Arbitration Case Law”, **Journal of International Dispute Settlement**, Volume 11, Issue 2, June 2020, pp. 194–216, (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/jnlids/idz027>, 08.09.2020.

Dumludağ, Devrim : “Doğrudan Yabancı Yatırım Hareketlerinde Yatırım Promosyon Ajanslarının Rolü - Türkiye Örneği”, **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C.21, S. 1, 2006, s. 219 – 238, (Çevrimiçi) <http://www.dergipark.org.tr/tr/pub/muiibd/issue/489/4251>,

08.05.2019.

Dupont, Cédric, Thomas Schultz : “Towards a New Heuristic Model: Investment Arbitration as a Political System”, **Journal of International Dispute Settlement**, Vol. :7, 2016, pp. 3–30, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2707103, 11.04.2019.

Dündar, Efe : “Uluslararası Ticaret Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar ve Çok Uluslu Şirketler İncelemesi”, **Öneri Dergisi**, C. 11, S. 41, 2014, s. 273 – 282, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/165850>, 11.05.2019.

Echandi, Roberto : “Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Regional Trade Agreements: Recent Developments in Investment Rulemaking”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. By Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 3-36.

Emir, Mustafa, Ahmet Kurtaran : “Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru”, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, S.28, 2005, s.0-0, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mufad/issue/35597/395344>, 09.05.2019.

Ergene, Deniz : “İç Karışıklıklarda Yabancı Yatırımların Korunması: Ukrayna Örneği”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2016, s. 175-268, (Çevrimiçi) http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2017/1/gsuahfd_2016_2son-663.pdf, 09.06.2020.

Erkan, Mustafa : **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara, Yetkin

Yayınları, 2013.

Exelbert, Jeremy Marc: “Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment Under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End”, **Fordham Law Review**, Vol. : 85, Iss. :3, 2016, pp. 1243- 1279, (Çevrimiçi) <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol85/iss3/12/>, 17.05.2020.

Ferreira, Agata : “Intertwined Paths of Globalization and International Investment Law”, **Journal of International Trade Law and Policy**, Vol. 19 No. 2, 2020, pp. 85-99, (Çevrimiçi) <https://www.emerald.com/insight/publication/issn/1477-0024/vol/19/iss/2>, 11.10.2020.

Figanmeşe, İnci “Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Kızların Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. : Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.103-130.

Figanmeşe , İnci “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.31, S.1. , 2011, s.91-152.

Gazzini, Tarcisio : “Bilateral Investment Treaties”, **International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations**, Ed. By Tarcisio Gazzini, Eric De Brabandere, Brill - Nijhoff, 2012, pp.99-132, (Çevrimiçi) http://scholar.google.com.tr/scholar_url?url=https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/930151/GAZZINI%2BBILATERAL%2BINVESTME&hl=tr&sa=X&ei=z5X5X4DaLM7CmAHExpjQCQ&scisig=AAGBfm0lxtgZYho31F0XgvOXQs491P

Zgjlw&noss1=1&oi=scholar, 27.09.2020

Giray, Faruk Kerem : “ICSID İtihatlarının Yeni Nesil Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarına Etkisi”, **Uluslararası Yatırım Tahkimi Ve Üçüncü Kişi Finansmanı**, Ed.: Ceyda Süral Efeçinar vd., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 27-39.

Gómez, Katia Fach : “Latin America and ICSID: David versus Goliath”, **Law and Business Review of the Americas**, Vol. 17, No.2, 2011, pp. 195-230, (Çevrimiçi)
<https://scholar.smu.edu/lbra/vol17/iss2/4/>, 17.05.2020.

Gölcüklü, İlyas : “ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 38, S.2, 2018, s. 285 – 309.

Grisel, Florian : “The Sources of Foreign Investment Law”, **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, Ed. By Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 213- 233.

Guillaume, Gilbert : “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, **Journal of International Dispute Settlement**, Vol. 2, No. 1, 2011, pp. 5-23, (Çevrimiçi)
<http://jids.oxfordjournals.org/content/2/1/5.full.pdf>,
08.12.2019.

Gündüz, Aslan : **Milletlerarası Hukuk**, 8. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015.

Güneş, Sevcin : “Uluslararası Sermaye Hareketlerini Etkileyen Faktörler: Türkiye Örneği”, **Sosyoekonomi**, C.5, S.5, 2007, s. 11-32.

Gürler, Halil Emre : “Milletlerarası Yatırım Hukukunda Milli Muamele İlkesi, En Çok Gözetilen Ulus Kaydı ve Ayrımcılık Yapmama İlkeleri Arasındaki İlişki”, (Çevrimiçi), https://www.academia.edu/download/59454940/Uluslararası_Yatırım_Hukuku_Makale20190530-118817-01np2h.pdf, 08.12.2019.

Gürkan, Ömer : “Küreselleşme Ve Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen”, **Sosyal Ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi**, S.3, 2001, (Çevrimiçi), <http://www.sobbiad.mu.edu.tr/index.php/asd/article/view/56>, 07.05.2019.

Güvenalp, Ferda Nur : **Milletlerarası Tahkimde İddia Ve Savunma Hakkının İhlali**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Harrison, James : “The International Law Commission and the Development of International Investment Law”, **Edinburgh School of Law Research Paper Series**, 2012, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2177291, 11.05.2020

Hirsch, Moshe : “Sources of International Investment Law”, **International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty**, 2011, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1892564, 20.05.2019.

Hobér, Kaj, Nils Eliasson : “Review of Investment Treaty Awards by Municipal Courts”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. By Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, pp.635-669.

İzmirli, Lale Ayhan : “Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırım Kavramı”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.2, 2018, s. 89-131, (Çevrimiçi), https://atif.sobiad.com/index.jsp?modul=makale-goruntule&id=AW0oinMzyZgeuuwfSR_U, 11.05.2019.

İste, Cansu : **ICSID Tahkiminde Ev Sahibi ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık , 2013.

Karaca, H. Akif : “Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.21, S.1, s. 205-238, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271094>, 26.09.2020.

Karacan, Pınar : **Uluslararası Yatırım Tahkiminde Şeffaflık Kavramı: Antlaşmaya Dayalı Yatırımcı- Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık Komisyonu**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.

Karademir, Ebru : “Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 32, S. 2, 2015, s.73-104.

Karamanian, Susan L. : “Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID”, **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Vol. 19, No.1, 2003, pp. 5-34, (Çevrimiçi) <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>, 17.05.2020.

Karaoğlu, Ali Osman : **Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası**

Hukukun Rolü, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Karluk, Rıdvan S. : **Uluslararası Kuruluşlar**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.

Kayıhan, Şaban, Etem Kara : **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Kayıhan, Şaban, Mehmet Eski : **Uluslararası Ekonomi Hukuku**, 1.Cilt, 2. bs., Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 2015.

Keskin, Bayram : **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

Keskin, Nagehan : **Finansal Serbestleşme Sürecinde Uluslararası Sermaye Hareketleri Ve Makroekonomik Etkileri: Türkiye Örneği**, Doktora Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Knahr, Christina : “The New Rules on Participation of Non-disputing Parties in ICSID Arbitration: Blessing or Curse?”, **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. by: Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 319-338.

Koçtürk, O. Murat, Meral Eker : “Dünyada ve Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Çok Uluslu Şirketlerin Gelişimi”, **Tarım Ekonomisi Dergisi**, C.18, S.1, 2012; s. 35 – 42, (Çevrimiçi) <http://static.dergipark.org.tr/article-download/4e33/8e25/777e/imp-JA35SM84FZ-0.pdf>, 08.05.2019.

Kriebaum, Ursula : “The Nature of Investment Disciplines”, **The Foundations**

of International Investment Law: Bringing Theory into Practice, Ed. By Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 45-72.

Kuğuoğlu, Dilşad, Elit “ICSID Tahkiminde Onay (Rıza)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.9, S.34, 2018, s. 515-536, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980854>, 26.09.2020.

Kula, Ferit : “Uluslararası Sermaye Hareketlerinin Etkinliği: Türkiye Üzerine Gözlemler”, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C.4, S.2, 2003, s.141-154, (Çevrimiçi) <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/193.pdf>, 07.05.2019.

Kurt, Sümeyra Sena : “Uluslararası Hukukta Diplomatik Koruma”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.6, S.2, Temmuz 2020, s. 467-498, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1287430>, 22.12.2020.

Kurtaran, Ahmet : “Doğrudan Yabancı Yatırım Kararları Ve Belirleyicileri”, **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C.10, S.2, 2007, s. 367 – 382.

Küçük, Özlem : “Dünya Bankası Ve İktisadi Büyüme Formülü: Yabancı Sermayenin Harekete Geçirilmesi”, **Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C.3, S.3, 2019, s. 501-523, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sisad/issue/50149/598879>, 08.12.2019.

- Legum, Barton : “An Overview of Procedure in an Investment Treaty Arbitration”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. By Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 91-103.
- Legum, Barton, Caline Mouawad : “The Meaning of ‘investment’ in the ICSID Convention”, **Making Transnational Law Work in the Global Economy Essays in Honour of Detlev Vagts**, Ed. By Pieter H. F. Bekker, Rudolf Dolzer, Michael Waibel, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. 326-356.
- Lester, Simon : “Rethinking the International Investment Law System”, **Journal of World Trade**, 2015, pp. 211-221,
(Çevrimiçi)
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/jwt0049&div=15&id=&page=,> 11.04.2019.
- Man, Philip De, Jan Wouters: **Improving the Framework of Negotiations on International Investment Agreements**, Leuven Centre for Global Governance Studies and Institute for International Law, Working Paper No. 84 - March 2012,
(Çevrimiçi)
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2274811,](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2274811) 26.09.2019.
- Menaker, Andrea J. : “Piercing the Veil of Confidentiality: The Recent Trend Towards Greater Public Participation and Transparency in Investor-State Arbitration”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. By Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, pp.129-160.
- Miles, Kate : **The Origins of International Investment Law Empire**,

Environment and the Safeguarding of Capital,
Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Mills, Alex : “The Public–Private Dualities of International Investment Law and Arbitration”, **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. by: Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, pp.97-116.

Mucuk, Mehmet, “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırımlar Ve Ekonomik Performans”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 21, 2009, s. 365-373, (Çevrimiçi) <http://dergisosyalbil.selcuk.edu.tr/susbed/article/view/331>, 07.05.2019.

Narin, Gökhan: **Türkiye’ye Gelen Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Özellikleri ve Türkiye Ekonomisi Üzerindeki Olası Etkileri**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, (Çevrimiçi) <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/740>, 05.05.2019.

Norton, Patrick M. : “The Role of Precedent in the Development of International Investment Law”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, Volume 33, Issue 1, Winter 2018, pp. 280–301, (Çevrimiçi) <https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/33/1/280/4823512>, 19.11.2020.

Oransay, Gürçem, “Doğrudan Yabancı Yatırımların Sosyo-Politik Belirleyicileri Üzerine Bir Analiz”, Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi (AKAD), C. 8, S. 14, 2016, s. 97-107.

Ormanoğlu, Burhan : **Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların**

Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, 2004.

Onwuamaegbu,
Ucheora :

“International Dispute Settlement Mechanisms- Choosing Between Institutionally Supported and Ad Hoc ; and Between Institutions”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. By Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 63-88.

Özgenç, Zeynep :

“Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin Veya Hakem Kurulunun Ex Aequo Et Bono Karar Verme Yetkisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.34, S.1, 2014, s. 31-72, (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/411409#:~:text=%E2%80%9CEx%20aequo%20et%20bono%E2%80%9D%20kavram%C4%B1,nesafet%20kural%20olarak%20ifade%20edilmektedir,26.11.2020>.

Pahis, Stratos :

“Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law”, **Yale Journal of International Law**, Vol. 45, 2020, pp. 69-132 (Çevrimiçi)
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3444618#, 26.11.2020.

Paparinskis, Martins :

“Analogies and Other Regimes of International Law”, **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, Ed. By Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 73-107.

- Parasız, İlker : **Uluslararası Ekonomik Mali Kuruluşlar Ve Oluşumlar**, Bursa, Ezgi Kitabevi, 2004.
- Parra, Antonio R. : “The Initiation of Proceedings and Constitution of Tribunals In Investment Treaty Arbitrations”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. By Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 105-120.
- Partalcı, Rumeysa : “Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ' Adil Ve Eşit Davranma Yükümlülüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.36, S.2, 2016, s. 131-162.
- Pauwelyn, Joost : “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, Ed. By Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 11-43.
- Pazarcı, Hüseyin : **Uluslararası Hukuk**, 11. bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Pehlivan, Oğuz Kaan : “Yatırım Antlaşmalarında Yer Alan Adil Ve Eşit Muamele İlkesinin Hukuki Niteliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.139, 2018, s. 239-256, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-139-1810>, 26.09.2020.
- Puig, Sergio : “No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration”, **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, Ed. By Jorge E. Viñuales, Zachary Douglas, Joost Pauwelyn,

Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 235-256, (Çevrimiçi)
<http://library.lol/main/CCF6413ED231AAB5109639C703E93BBD>, 05.05.2020

Rajput, Aniruddha : “The Myth of A Multilateral Framework in International Investment Law”, **Indian Journal of International Law**, Vol.56, 2016, pp. 427–461, (Çevrimiçi)
<https://link.springer.com/article/10.1007/s40901-017-0052-9>, 26.09.2020.

Reinisch, August : “Enforcement of Investment Awards”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. By Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 671-698.

Rieisman, W. Michael: “The Breakdown of The Control Mechanism in ICSID Arbitration”, **Duke Law Journal**, Vol: 739, 1989, pp. 739-807, (Çevrimiçi)
<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3082&context=dlj>, 05.05.2020.

Samur, Cengiz : “MAI (Multilateral Agreement of Investment): Çok Taraflı Yatırım Anlaşması”, **İktisat Fakültesi Mecmuası**, C. 63, S. 2, 2013, s. 53-138, (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/8868>, 11.05.2019.

Saraç, Osman : “Milletlerarası Tahkim ve Uluslararası Yatırımlar”, **Maliye Dergisi**, S.140, 2002, s. 47-57, (Çevrimiçi)
https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/Milletlerarası-Tahkim-_O.-Sarac-2.pdf, 08.05.2019.

Schill, Stephan W. : “General Principles of Law and International Investment

Law” **International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations**, Ed. By Tarcisio Gazzini, Eric De Brabandere, Brill - Nijhoff, 2012, pp.133-183.

Schill, Stephan W. : “Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law”, **The Oxford Handbook on the Sources of International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2017, (Çevrimiçi)
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2932159, 05.05.2020.

Schneiderman, David : “Global Constitutionalism and Its Legitimacy Problems: Human Rights, Proportionality, and International Investment Law”, **Journal of Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 12, Iss. 2, 2018, pp. 251–280 (Çevrimiçi)
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3086631, 05.05.2020.

Schneiderman, David : “International Investment Law's Unending Legitimation Project”, **Loyola University Chicago Law Journal**, Vol. 49, Iss. 2, Winter 2017, pp. 229-270, (Çevrimiçi)
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/lucj49&div=13&id=&page=>, 05.05.2020.

Schneiderman, David : **Resisting Economic Globalization Critical Theory and International Investment Law**, London, Palgrave Macmillan, 2013, (Çevrimiçi)
<http://library.lol/main/1B1ABDA59FCE6BA23374FA78EABF4103>, 20.06.2020.

Schreuer , Christoph **The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States**, Second
H., Loretta Malintoppi,
August Reinisch,

- Anthony Sinclair : Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Shan Wenhua, Lu Wang : “The Concept of “Investment”: Treaty Definitions and Arbitration Interpretations”, **Handbook of International Investment Law and Policy**, Ed. By Julien Chaisse, Sufian Jusoh, Leïla Choukroune, Singapore, Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2019, (Çevrimiçi) http://link-springer-com-443.webvpn.fjmu.edu.cn/referenceworkentry/10.1007%2F978-981-13-5744-2_125-1, 26.09.2020.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy : “Resistance to Dominance in International Investment Law”, **Handbook of International Investment Law and Policy**, Ed. By Julien Chaisse, Sufian Jusoh, Leïla Choukroune, Singapore, Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2019, (Çevrimiçi) https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-981-13-5744-2_49-1, 26.09.2020.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy : **The International Law On Foreign Investment**, 3rd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Subedi, Surya P : **International Investment Law: Reconciling Policy and Principle**, Portland, Hart Publishing, 2008.
- Sur, Melda : **Uluslararası Hukukun Esasları**, 13. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019.
- Şanlı, Cemal : **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019.
- Terzi, Burak : **Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

- Tiryakioğlu, Bilgin : “Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik”, **Tahkim Anlaşması**, Ed.: Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.87-101.
- Tiryakioğlu, Bilgin : “Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımdan Yetki”, **Uluslararası Yatırım Tahkimi Ve Üçüncü Kişi Finansmanı**, Ed.: Ceyda Süral Efeçinar vd., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 11-23.
- Torun, Yalçın : **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Trakman, Leon E. : “The ICSID Under Siege”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 45, No. 3, 2012, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2006058, 17.05.2020.
- Trakman, Leon E. : “ICSID and Investor- State Arbitration”, **Regionalism in International Investment Law**, Ed. By Leon E. Trakman, Nicola W. Ranieri, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Trakman, Leon E., Nicola W. Ranieri : “Foreign Direct Investment: A Historical Perspective”, **Regionalism in International Investment Law**, Ed. By Leon E. Trakman, Nicola W. Ranieri, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 14-26.
- Turan, Gökçen : **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002 (Çevrimiçi) <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/750>, 12.05.2019.

- Tunç, Havva : **Uluslararası Ticaret, Para ve Finans**, İstanbul, Alfa Yayınları, 2004.
- Tüylüoğlu, Şevket, Levent Necmi Aktürk: “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Çekme Çabalarının Kurumsallaşması: Yatırım Promosyon Ajansları”, **Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C.19, S. 1, 2019, s.137 – 147 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yonveek/issue/13696/165763>, 08.05.2019.
- Uzun, Elif : “Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 24, S. 1-2, 2004, s. 741 – 766, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99401>, 05.10.2020.
- Vasani, Baiju S. : “Bi-Trifurcation of Investment Disputes”, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. By Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 121-128.
- Vincentelli, Ignacio A. : “The Uncertain Future of ICSID in Latin America” , **Law and Business Review of The Americas**, Vol. 16, No. 3, 2010, pp. 409-455, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348016, 17.05.2020.
- Wellhausen, Rachel L.: “International Investment Law and Foreign Direct Reinvestment”, **International Organization**, Vol. 73, 2019, pp. 839–858 (Çevrimiçi) <https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/abs/international-investment-law-and-foreign-direct->

reinvestment/377B6C8F4F0204F17C0EEB732FCBF6EF,
26.09.2020.

Williams, David A. R. “Recent Developments in the Approach to Identifying an
Qc, Simon Foote : ‘Investment’ Pursuant to Article 25(1) of the ICSID
Convention”, **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Ed. by: Chester Brown, Kate Miles, New
York, Cambridge University Press, 2011, pp. 42-64.

Wouters, Jan, “International Investment Law the Perpetual Search for
Sanderijn Duquet, Consensus”, **Leuven Centre for Global Governance
Studies and Institute for International Law**, Working
Nicolas Hachez : Paper, No. 88, March 2012, (Çevrimiçi)
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031552, 26.05.2020.

Yannaca-Small Katia : “Annulment of ICSID Awards: Limited Scope But is There
Potential?”, **Arbitration Under International Investment
Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed. By Katia
Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010,
pp. 603-634.

Yannaca-Small Katia : “Definition of ‘Investment’: An Open-ended Search for a
Balanced Approach”, **Arbitration Under International
Investment Agreements: A Guide to Key Issues**, Ed.
By Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University
Press, 2010, pp. 243-270.

Yannaca-Small Katia : “What About This ‘Umbrella Clause’?”, **Arbitration Under
International Investment Agreements: A Guide to Key
Issues**, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford
University Press, 2010, pp. 479-503.

Yannaca-Small Katia : “Who is Entitled to Claim? Nationality Challenges”,

Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues, Ed. by: Katia Yannaca-Small, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 211-241.

Yıldırım, Aslı : “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları- ICSID Ve UNCITRAL Tahkimleri”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**, İstanbul, 2009, s. 289-308.

Yılmaz, Alper Çağrı : **Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Zenginkuzucu , Dikran M. : **Devlet Ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.

Zenginkuzucu , Dikran M. : **Uluslararası Ticaret Ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm Kurumlar Kurallar Süreçler**, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.

Živković, Velimir : “Pursuing and Reimagining the International Rule of Law Through International Investment Law”, **Hague Journal on the Rule of Law**, Vol. 12, 2020, pp.1-27, (Çevrimiçi) <https://link.springer.com/article/10.1007/s40803-018-00084-w>, 20.11.2020.

KANUNLAR, KURALLAR VE ÇEVİRİMİÇİ DİĞER KAYNAKLAR

- Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Resmî Gazete ile yayımı: 2-6.1988 Sayı : 19830)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf

- ICSID Tahkim Kuralları

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF.htm>

- DB Organizasyon Şeması

<https://www.worldbank.org/en/about/leadership>

